

DÍA DE LA COMPETENCIA DE PERÚ 2015

3^{era} EDICIÓN



INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Datos de catalogación bibliográfica

INDECOPI
Día de la competencia de Perú 2015
3^{era} Edición

Indecopi, Lima, 2016

Área: Ciencias Sociales
Formato: Ebook
Páginas: 110

DESCARGUE
LA VERSIÓN
DIGITAL



Copyright © 2016 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).
Calle De la Prosa N° 104 – San Borja, Lima, Perú. Teléfono: (51-1) 224-7800
Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
Correo electrónico: escuela@indecopi.gob.pe
Sitio web: www.indecopi.gob.pe

Síguenos: Indecopi Oficial



Transcripción escrita de las exposiciones orales desarrolladas en el “Día de la Competencia de Perú 2015”.
Ortografía, sintaxis y edición: Sara Chávez Urbina.
Supervisión y revisión de la edición: Giovana Hurtado Magán, Directora de la Escuela Nacional del Indecopi.
Las fotografías que no indican la fuente, son del archivo fotográfico del Indecopi.
1^{era}. edición. Editado en setiembre 2016.
Diseño, diagramación: Taller Lov S.A.C.
El presente texto, por la característica del formato de e-book a la fecha de edición no está considerado en los alcances de la ley del depósito legal.

E-Book. Esta publicación se puede consultar como un texto interactivo en
<http://escuela.indecopi.gob.pe/publicaciones>

La versión electrónica permite a los profesionales e interesados en el tema compartir información y material relacionado para mejorar la experiencia de aprendizaje multimedia y el intercambio de conocimientos. La información contenida en este documento puede ser reproducida mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas.
Indecopi adopta en sus textos la terminología clásica del masculino genérico para referirse a hombres y mujeres. Este recurso busca dar uniformidad, fluidez y sencillez para la lectura del documento. No disminuye de modo alguno el compromiso institucional en materia de equidad de género. Las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por los autores, son de su exclusiva responsabilidad y no necesariamente reflejan las opiniones del Indecopi.

Nota del editor: En la transcripción oral a texto de las exposiciones, se ha respetado la variedad del español y el carácter coloquial utilizado por los ponentes.



Consejo Directivo

Ivo Gagliuffi Piercechi - Presidente
Fernando Martín De la Flor Belaunde - Consejero
Laura Berta Calderón Regjo - Consejera
Edilberto Martín Terry Ramos - Consejero

Consejo Consultivo

Richard Webb Duarte
José Ricardo Stok Capella
Alberto Nabeta Ito
María Matilde Schwalb Helguero
Catalina Chepa Guzmán Melgar

Gerente General

Juan Joel De la Cruz Toledo

Directora de la Escuela Nacional del Indecopi

Giovana Hurtado Magán

CONTENIDO

<u>INTRODUCCIÓN</u>	5
Giovana Hurtado Magán, Directora de la Escuela Nacional del Indecopi	
.....	
<u>BIENVENIDA</u>	6
Hebert Tassano Velaochaga Presidente del Consejo Directivo del Indecopi. (setiembre 2011-setiembre 2016)	
.....	
<u>TEMA I. POLÍTICAS DE COMPETENCIA A NIVEL COMPARADO</u>	8
ESTADOS UNIDOS. Anu Bradford , Columbia Law School Professor.	
.....	
<u>TEMA II. LA EXPERIENCIA DE MÉXICO EN ABOGACÍAS DE COMPETENCIA</u>	42
MEXICO. Benjamín Contreras Astiazarán – Comisionado COFECE.	
.....	
<u>TEMA III. VISITAS DE INSPECCIÓN Y PODERES DE INVESTIGACIÓN DE LA AGENCIA DE COMPETENCIA MEXICANA</u>	65
MEXICO. Carlos Mena Labarthe – Jefe de la Autoridad Investigadora de COFECE.	
.....	
<u>TEMA IV. DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL PERÚ: UNA VISIÓN DESDE EL LADO PRIVADO</u>	81
PERÚ. Ivo Gagliuffi* – Experto en Derecho de la Competencia	
.....	
<u>CONCLUSIONES</u>	99
Jesús Espinoza Loayza Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Indecopi.	
.....	
<u>RECORRIDO FOTOGRÁFICO</u>	103

(*) Presidente del Consejo Directivo del Indecopi, a partir del 14 de setiembre del 2016.

INTRODUCCIÓN

Este documento incorpora las ponencias presentadas en la tercera versión del “Día de la Competencia de Perú 2015”, evento institucional de carácter internacional desarrollado en Lima el 1 de setiembre, y que se ha constituido en un importante espacio de intercambio de experiencias en la aplicación de las políticas de competencia tanto del Perú como de otros países de la región y del mundo.

En esta oportunidad contamos con la participación de Anu Bradford, catedrática de la Escuela de Leyes de la Universidad de Columbia, quien nos muestra los avances de un estudio comparativo sobre los países que poseen leyes de competencia, incluyendo a países que integran la OECD y también a pequeñas economías. La investigación, que abarca más de 120 agencias de competencia en un período comprendido entre 1960 a 2010, compara los alcances de la normativa en los sectores regulados, y las facultades de las agencias, como investigación e imposición de sanciones. Además, comprende los recursos que poseen las agencias de competencia, el presupuesto, las personas y los resultados que se presentan, como los casos abiertos por año, y de estos cuántos han sido cerrados y sancionados, cual es el monto de las multas impuestas por año, entre otras. Aunque el estudio está en proceso, Bradford nos brinda algunos resultados preliminares.

En el ámbito regional, pudimos apreciar a profundidad la experiencia que posee México en la defensa de la competencia, para ello tuvimos la presencia de dos altos funcionarios de la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofeco), los señores Benjamín Contreras y Carlos Mena. Benjamín Contreras explica la evolución de las potestades de la Cofeco, a raíz de los cambios constitucionales y legales dados entre el 2013 y 2014. Asimismo, resalta la importancia de establecer principios promotores de la competencia en las contrataciones del gobierno en la que se pueden presentar prácticas colusorias.

Por su parte, Carlos Mena comenta cómo es que los cambios normativos perfeccionaron las facultades de investigación de Cofeco para obtener material probatorio y armar apropiadamente una teoría del caso, por ejemplo, el programa de clemencia, las comparecencias obligatorias, los requerimientos y solicitudes de información y las herramientas de inteligencia, entre otras. Puntualiza con especial detalle la importancia de las visitas de inspección que se realizan en forma sorpresiva con el fin de recabar información.

Finalmente, desde la perspectiva del sector privado, Ivo Gagliuffi describe cuál es el nuevo rol del abogado que, a diferencia del clásico individuo litigioso, hoy en día debe desempeñar una actuación más bien preventiva, enseñando a los agentes privados qué prácticas están prohibidas legalmente. El nuevo abogado, según Gagliuffi debe colaborar con la agencia de competencia, allanarse, reconocer, comprometerse a cesar las prácticas restrictivas a la libre competencia. Y si la agencia identifica una falta, el abogado debe participar para que las actuaciones se lleven a cabo bajo las garantías del debido procedimiento administrativo.

Como podemos apreciar en este evento se expuso cómo, desde diferentes escenarios, se propicia el conocimiento acerca de la defensa de la competencia como instrumento para el desarrollo de los países contribuyendo, de esa manera, al crecimiento de la economía para el bienestar de los consumidores. Los invitamos a leer este aporte al estudio de este tema fundamental.

Giovana Hurtado Magán
Directora de la Escuela Nacional del Indecopi

BIENVENIDA

Buenos días, a nuestros invitados extranjeros: bienvenidos a Lima. Defensa de la Competencia, es una palabra que hace una década o quizás más era un tema de interés solo para economistas, académicos y abogados que asesoraban empresas. Ahora podemos decir que competencia por sí misma va dejando de ser una palabra con marcados sesgos de exclusividad, para convertirse en un tema de interés para todos.

No solo de los tecnócratas de turno, estudiosos de la materia, organismos multilaterales, sí de pequeños emprendedores, taxistas, amas de casa, ciudadanos de a pie, como solemos denominar a la totalidad de una nación.

Hace un mes el anuncio que dio inicio a un proceso sancionador contra cinco empresas envasadoras y comercializadoras de gas licuado o GLP como se le conoce en el Perú, interesó a todos; la noticia difundida en conferencia de prensa fue rebotada -como dicen los periodistas- por 72 medios nacionales durante 9 días y por boletines internacionales como el Global Competition Review -probablemente uno de los más leídos en esta materia- en redes sociales, mientras se ofrecía la conferencia de prensa más de 23 mil personas hablaban y compartían en simultáneo a través de twitter y facebook; esto comprueba lo dicho, la competencia les interesa a todos, y la afectación de sus reglas nos afecta a todos, porque de alguna u otra manera el no respeto a las normas de libre competencia afecta a los consumidores, especialmente a los más vulnerables; y a las empresas que luchan por salir adelante de manera limpia, sin valerse del abuso de su posición o dominio, o de firmar acuerdos restrictivos o carteles, ese es el contexto por el que hoy por tercera vez consecutiva celebramos el “Día Nacional de la Competencia en el Perú”, fecha instaurada por el Indecopi, este organismo que tutela los derechos de los peruanos en materia de la propiedad intelectual y defensa de la libre competencia, inclusive con énfasis en la protección al consumidor, por ello déjenme agradecerles a todos su presencia, en particular a nuestros expositores internacionales, quienes han respondido a la invitación del Indecopi y participan del día de hoy para compartir con nosotros su tiempo y su experiencia.

El “Día de la competencia” es una oportunidad para exponer logros, compartir y aprender de otras experiencias con el fin de generar un debate que permita mejorar en beneficio de nuestros ciudadanos y empresas, en pos del crecimiento saludable de nuestra economía. Indecopi inicia su tercera década con un renovado esfuerzo por cumplir las funciones encomendadas a la institución, los retos son cada día más complejos, el Indecopi de sus inicios es muy diferente al actual por las exigencias propias del éxito que ha tenido en sus casi 23 años, más aun hoy en un contexto económico que exige la decidida promoción de la competitividad y la efectiva protección de nuestros consumidores, este foro constituye una importante oportunidad para que el Indecopi de cuenta de los avances del último año en estos aspectos, así en lo que respecta a defensa de la competencia, además el reciente comentado caso de GLP comentarles algunos otros casos importantes por ejemplo el procedimiento iniciado contra 39 centros privados de hemodiálisis por una presunta concertación para determinar el valor referencial de contratación de sus servicios por parte del seguro social de salud, que comprometería la salud y supervivencia de miles de pacientes con problemas renales, servicio al que el Estado destina casi treinta millones de dólares al año; otros casos importantes confirmados en segunda instancia por nuestro Tribunal son los referidos a la comercialización del cemento y la contratación de seguros vehiculares.

Esto justamente nos permite resaltar que los golpes a estos carteles y asociaciones con fines anticompetitivos, en buena cuenta son el resultado de un mayor y mejor monitoreo en los mercados más importantes de nuestra economía; así entre el 2011 y 2012 únicamente se llevaron a cabo 12 visitas de inspección en tres ciudades; entre 2013 y 2014 se realizaron en total 76 inspecciones en siete ciudades el país, y en lo que va de este año la secretaría técnica ya ha materializado 114 visitas de inspecciones en 8 ciudades del país, todo ello no hace más que reflejar una visión conjunta y coherente de toda la institución para promover las ciencias del mercado para el bienestar de los consumidores en todo el Perú.

Pero hay más que decir, la activa labor de fiscalización y de oficialización de infracciones y la especial incidencia en carteles se condice a un decidido esfuerzo de Indecopi en el último año, consistente de implementar un efectivo programa de clemencia orientado a dar incentivos para dar una colaboración eficaz, hago uso del paralelo penal para determinar las prácticas anticompetitivas para evitar la impunidad, sin embargo debo enfatizar que todo este esfuerzo desplegado por la institución no implica una reducción en las garantías que corresponde a toda empresa sujeta de investigación en un estado de hecho, todo lo contrario, Indecopi garantiza que mantiene su nivel técnico independiente, siempre en salvaguarda de un proceso justo e imparcial, reconociendo en todo momento la necesidad de permitir a los involucrados un ejercicio efectivo de su derecho de defensa y al respeto de toda garantía que compone el debido proceso, desde la investigación y la imputación de cargos hasta la resolución de los casos y una eventual revisión de las decisiones de segunda instancia administrativa, sin perjuicio del derecho de que se revise estas actuaciones en sedes judiciales, donde tenemos felizmente un porcentaje bastante alto de confirmación; finalmente para hablar de un tercer flanco siendo los primeros el monitoreo y la fiscalización constante de alicientes y el otorgamiento de incentivos a través del programa de clemencia, nos referimos al desarrollo de programas de Abogacía de la Competencia, es decir, hablamos de esfuerzos para identificar barreras estatales que impidan u obstaculicen el ingreso o desarrollo de los agentes en los mercados, producto de este esfuerzo hemos publicado en el último año estudios sobre el mercado de servicios notariales, el de exámenes de aptitud para obtener licencias de conducir en Lima y de los concursos públicos para dar en concesión rutas de transporte urbano también en la ciudad de Lima y según nos informa la Secretaría, se viene realizando otras abogacías de la competencia para ser presentadas este año.

Mención especial, de colofón, merece nuestra iniciativa plasmada en la pre publicación del anteproyecto de ley que refuerza el sistema de promoción de defensa de la libre competencia orientado a hacer frente de la mejor manera a los carteles y crear mejores incentivos a la detención de tales conductas infractoras y la oportuna resolución de los casos haciendo un especial desarrollo del tema de programa de clemencia que esperamos pronto vea luz y se pueda publicar.

No me extiendo más, pues estas palabras seguramente a todos los ha hecho entrar en calor para escuchar y aprender de nuestros expositores, ustedes han venido escucharlos a ellos y también de las valiosas intervenciones que ustedes puedan realizar esta mañana, nuevamente bienvenidos al “Día de la Competencia de Perú 2015”, muchas gracias.

Hebert Tassano Velaochaga
Presidente del Consejo Directivo del Indecopi
(setiembre 2011- setiembre 2016)



TEMA I

POLÍTICAS
DE COMPETENCIA
A NIVEL COMPARADO

ESTADOS UNIDOS



ANU BRADFORD Compared Competition Law

Abogada con mención landatur (summa cum laude) por la Universidad de Helsinki, Finlandia, realizó su maestría y doctorado en la Universidad de Harvard, Estados Unidos. Profesora de Derecho y Organización Internacional y co-directora del Centro de Estudios Legales Europeos de Columbia Law School, ha sido profesora asistente en la Universidad de Chicago Law School. Ha trabajado en Cleary Gottlieb Steen & Hamilton en Bruselas, el Fondo de Innovación en Finlandia y ha sido consultora del Parlamento Finlandés y Europeo. En 2010 fue nombrada Young Global Leader por el Foro Económico Mundial y tiene publicado diversos artículos de su especialidad en revistas americanas y europeas.

THE PERU’S COMPETITION DAY

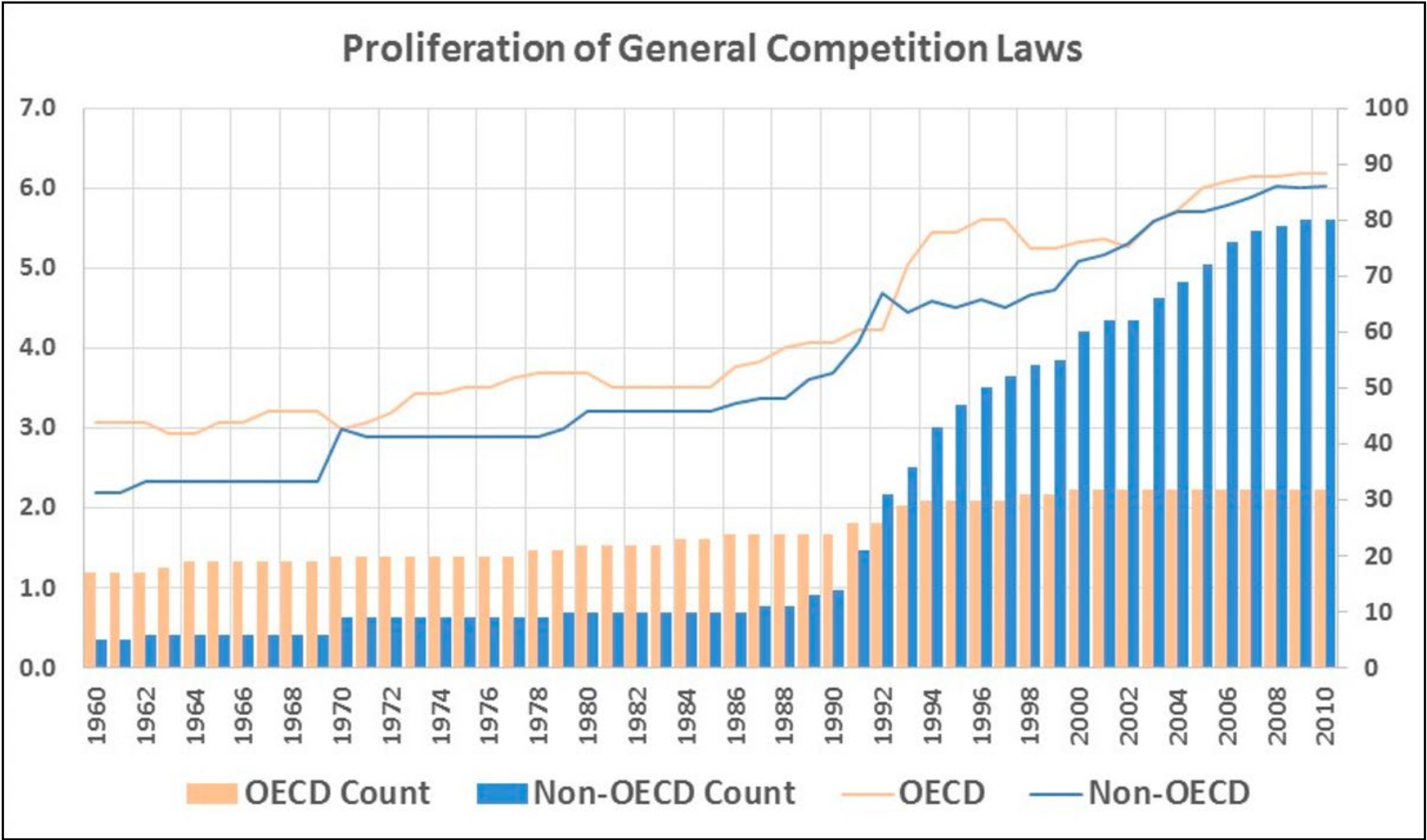
It is a great honor and a pleasure to me to be here. I am very grateful for this invitation to come to your beautiful country.

I have initially learnt about these competition days from my Brazilian colleagues and I thought it was just a wonderful idea.

I am glad that Indecopi has adopted this model and taken this opportunity to explain and participate in a proper public conversation about the importance of competition and so make sure that the societies, though different, are fully aware of the important work that we all are doing.

I wanted to give you some preliminary insights that my study has sought to illuminate. I am working together with my colleague, Adam Chilton from the University of Chicago, on a comparative project looking at all the countries around the world that have competition laws and that enforce competition. And looking at how they compare to one another.

First of all, competition is a very international phenomenon. If you look at the massive proliferation of competition laws around the world, this is what the picture looks like today.



We know that the first countries with competition laws – Canada and, the United States –, adopted competition laws early before the twentieth century – but, by the sixties we already had more than twenty countries that had competition laws. And then we can see now how much that has grown over the decades that followed. Many of the OECD countries have adopted competition laws, as well as several non-OECD countries. This is an increasing trend, primarily from the 1960s. The last twenty five years have seen this massive expansion of competition laws around the world. (We have a graphic that shows the count on how many countries in any given year had a competition law.) If we look at 2010 - which is the last year of the study on competition laws that we have analyzed – we have eighty non-OECD countries with a competition law – coupled with all the OECD countries. So, today we have more than hundred-twenty countries in the world that have a competition law.

In our study, we have also measured the stringency of competition laws - the scope of them – so: what is the extent of the powers that these laws actually give to the agencies? And there we also see a strong upward trend, showing how these laws become more comprehensive as each year goes by. This is something that I recognize not only in a couple of markets, but something that the governments around the world have come to realize: what key component of the economy the competition law is.

In this study, we were interested in comparing the laws across the countries, to see what explains the reasons why a country has a certain kind of law whereas the other one has some other provisions. Is it a matter of the size of the market? Meaning: small economies would need to have different types of anti-trust (competition) laws.

Is it really a question on the level of development of the country - how wealthy it is? Does that dictate the type of competition law that it ought to have? Is it a story about the economic openness– how open its trade is? Would open trade call more or less stringent competition laws? Or is it really a story on how experienced the country is in enforcing competition law?

Some of my colleagues, including Bill Kovacic, who is a very famous academic from the United States specialized in international competition matters, have said that a country should first adopt basic laws just focusing on very fundamental key provisions, instead of adopting all possible powers from the outset, so that the agencies can focus on their priorities. Only as it gains more experience, it should expand the scope of its competition law.

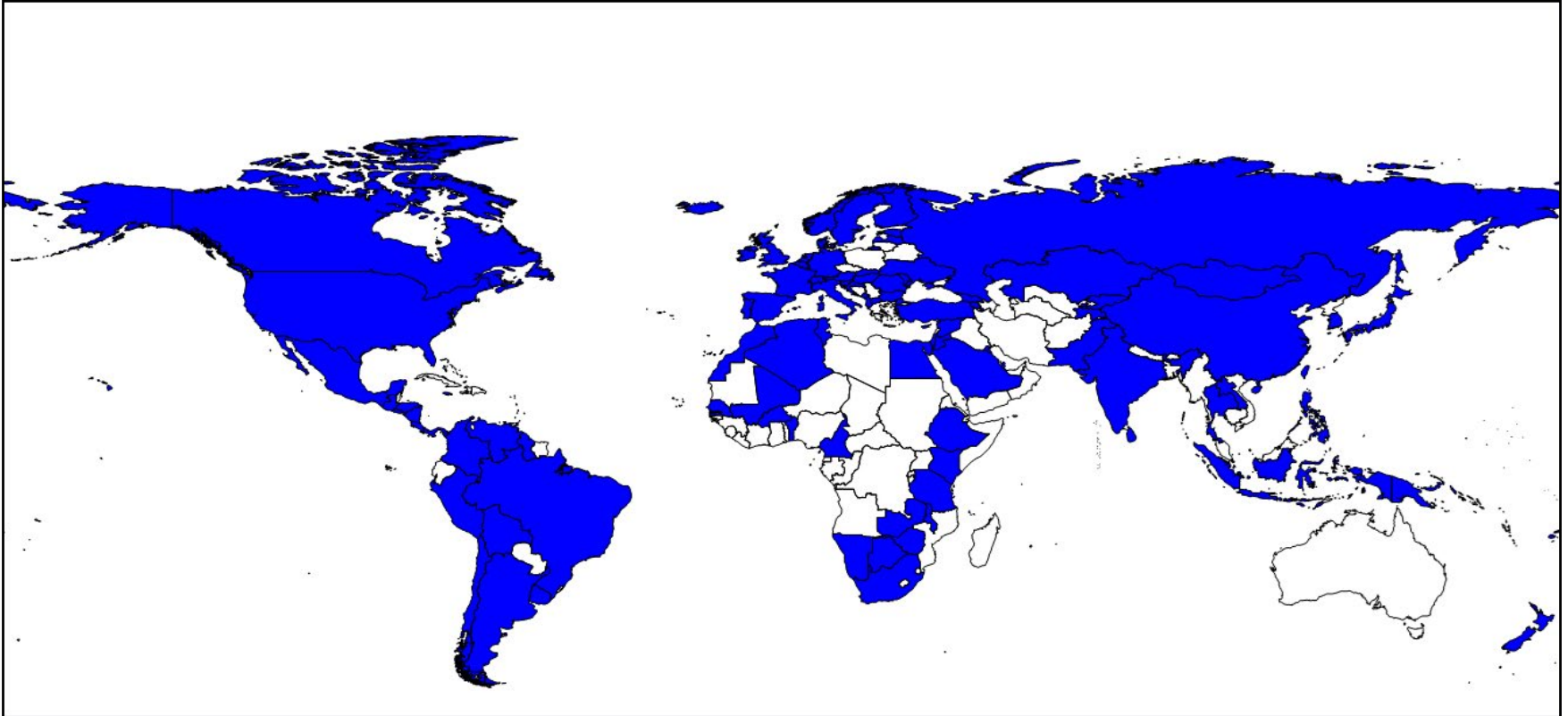
Those are some of the questions that we are interested in looking at. An interesting thing is that nobody has systematically looked at this with the help of the data. We have retrieved all the competition laws around the world in the countries that had adopted a law by 2010. We have not only retrieved and analyzed the major competition law, but we have also considered the sectorial regulations, criminal provisions – which, for instance, establish some powers for imprisonment or criminal fines in case of competition violations -, constitutional provisions (for instance, that ban monopolies) and so forth. In this fashion, we can clearly and comprehensively understand how broad the scope of competition law is in each country. We did not only gather the provisions of the law; we also looked at the enforcement resources of the agencies and how these agencies are actually enforcing those competition laws. We have collected data on the budgets of the agencies – how many people work there, how big the staff number in each agency is. And then, the outputs of enforcement: how many cases they open each year and how many of those were closed with a remedy. What is the total amount of fines imposed by the competition agency in each year? What about the merger control? What about the abuse of position of dominance? These are some of my questions.

This has been a wonderful opportunity for me and my team to reach out the different agencies around the world. And we have reached out up to 120 agencies. 90 of them have cooperated with us – which I think is fantastic news in terms of the commitment of these agencies to transparency. And let me take this opportunity to express my sincere thanks to Indecopi, which has been wonderful to work with. I really respect the professionalism and the transparency of this institution. We obtained very complete information from Indecopi when we presented these questions. It has not been the case with each and every one of your neighbor in this continent, but we are very grateful to have Indecopi fully involved in our study.

We also collected data on trade agreements – PTAs or preferential trade agreements. How do these agreements ensure competition? Do they set some provisions on the country's commitment to have a competition law? And what kind of international competition cooperation agreements has each country signed?

What is new about this study? Most of my colleagues tend to focus on OECD countries, because the data is more easily available. But, we think it is much more interesting to include non-OECD countries also, to study small economies as well as big economies. The entire world does not just comprise of what the United States does or the European Union does. It is much more interesting (especially referring to the first graph) that we now have the 120 countries around the world enforcing competition.

CURRENTLY 101 COUNTRIES IN THE DATA



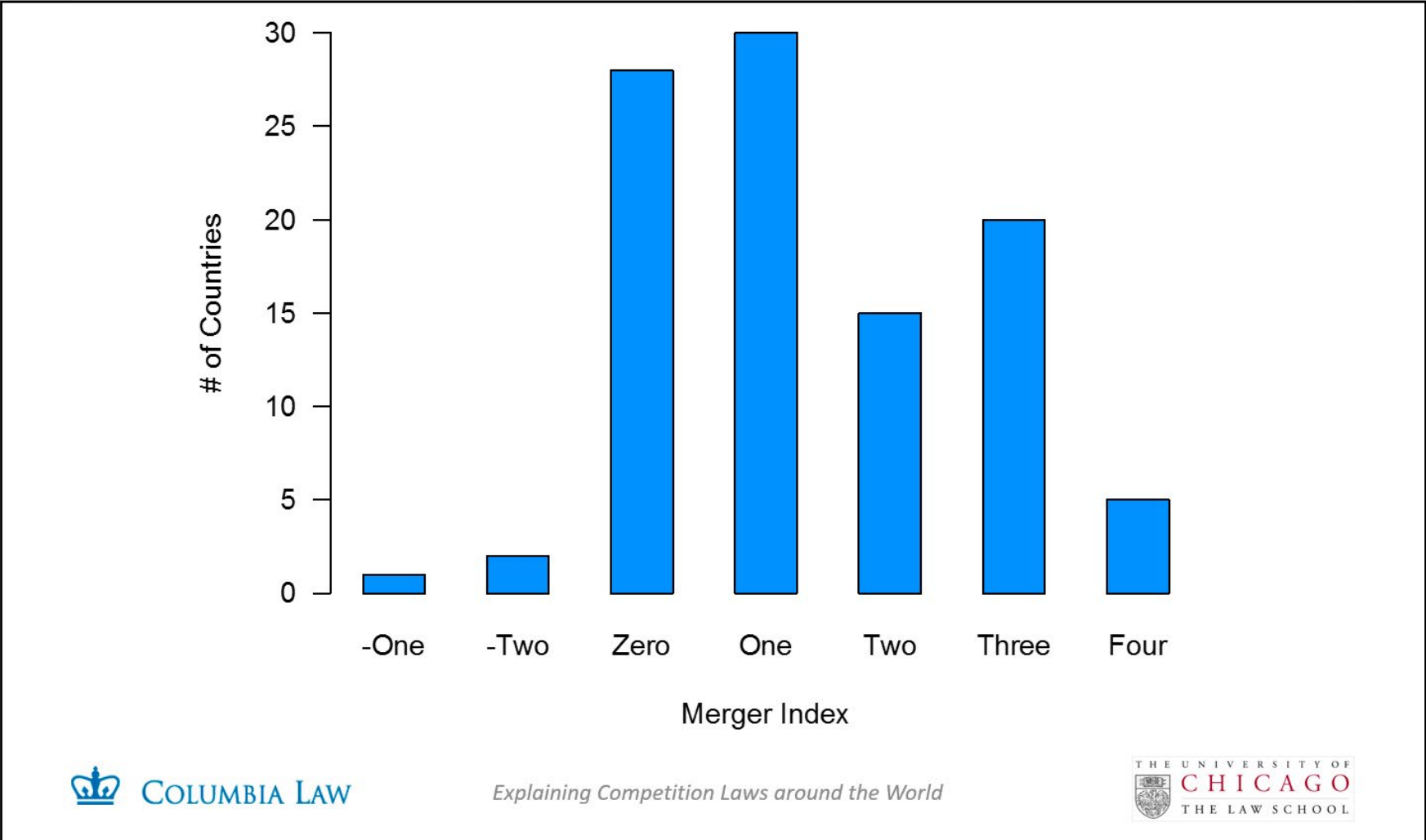
*Now we have 120 countries around the world enforcing competition

Our second goal was to make all the data accessible for you and everybody else who could benefit from that. An example: we had a conversation before the conference in Lima about the lack of merger control in Peru. Should that be a part of the public discussion in this country? Our data set will tell you what it looks like in other countries. Is Peru really an outlier? Do other economies of the same size have a merger control? What about all your neighbors? Do they also have merger controls? Would Peru be different in that sense? So, we can explain how the different countries have done about the design of their competition law and if they may use our data to advance questions that each agency, practitioner and researcher is interested in.

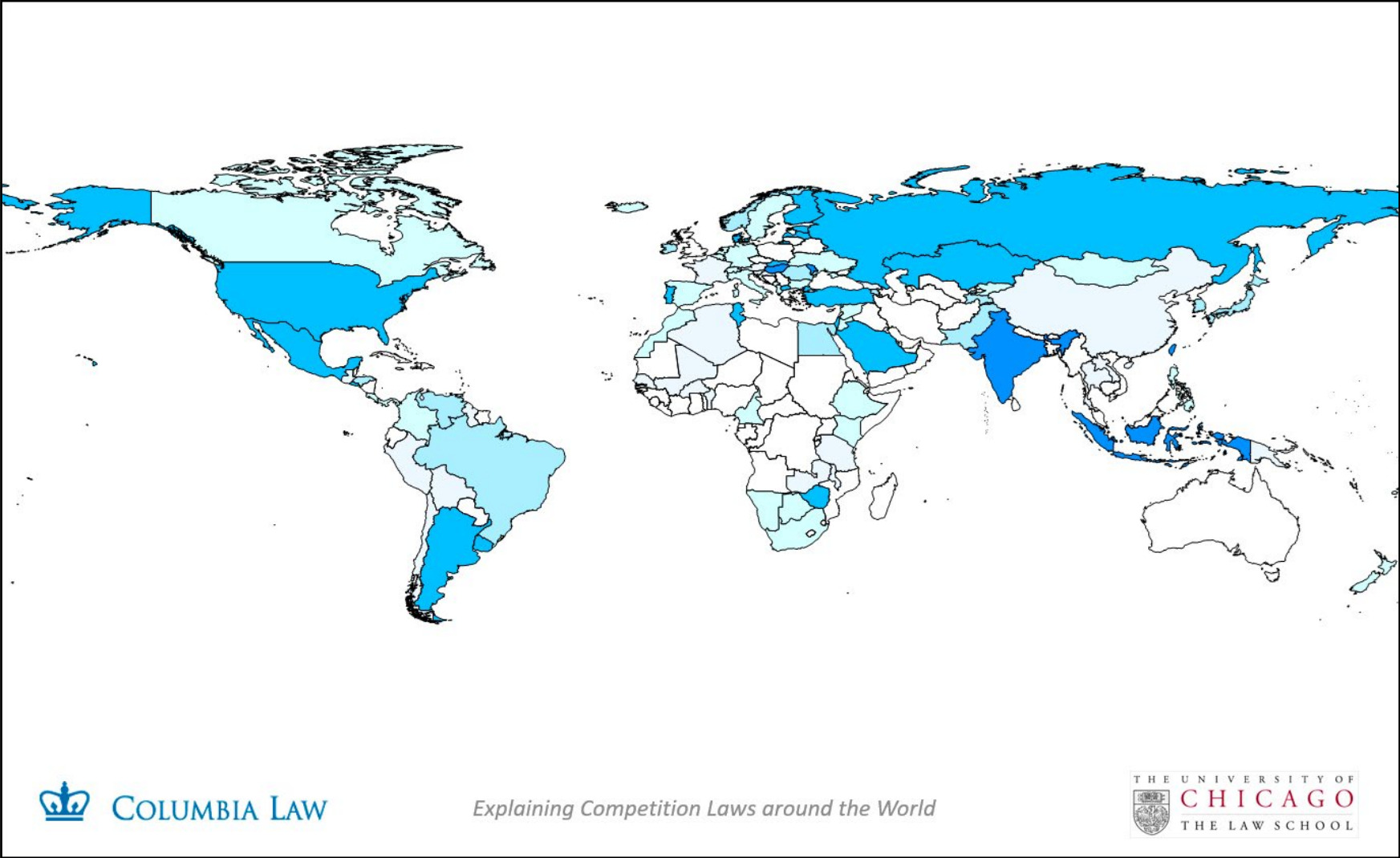
This is still an ongoing research. We still need to complete the analysis, but I wanted to share some partial and preliminary results with you.

As said, we are focusing on countries that had a competition law by 2010 and we analyzed a sample (which I use when showing the preliminary findings). I do not have the results of enforcement data yet. That is something that we are still working on. But I can share with you something on how the state of the world in competition laws looked like in 2010. Here we take a cross-section of those 101 countries that we have analyzed so far, and divide that analysis in merger control, collusion provisions, abuse of dominance positions that exist in these laws, and the kind of remedies that are available. You will see countries that are not in the data set either because they do not have a competition law – like many countries in Africa – or because we have not completed the analysis yet – which is why Australia is not involved in today's analysis.

MERGER INDEX - DISTRIBUTION



MERGER INDEX - BY COUNTRY



In our analysis, we used indexes: we had a group of law students, under my guidance, who read all the competition laws looking for the provisions and then we looked at the kind of powers that these laws give to the agencies. The way to think about this is that we are measuring the scope – the expansiveness – of the competition law by creating an index for each provision. So, the more powers the agency is given by the law in merger control, the higher its index. If the law says, for instance, that there is a mandatory merger notification, it obtains a point, towards its index. If it provides that mergers must be notified before the merger takes place - as opposed to post-merger – then, its index goes up: the agency has more power in terms of mergers. Then we looked at the substantive standards: is the agency entitled to prohibit the merger or impose conditions for its approval if the merger would lead to a dominant position or if it restricts competition? The more options the agency has to intervene, the more expansive its powers are when it comes to merger control.

There may be defenses in the law available for the companies, so the companies can say: yes, this merger may lead to the loss of competition, but it is efficient. An ‘efficiency’ defense would be available. Or, that the merger serves some public interest: it revitalizes the economy in this or that part of the country. It contributes to some development goals. Or, there is a failing firm defense, meaning: the merger would exit the market if the market did not allow the merger to proceed. We then subtract these defenses available for the companies as we create this kind of index. One way to think about this is that we are measuring the risk that any given company faces when it deals with the competition authority in terms of merger control.

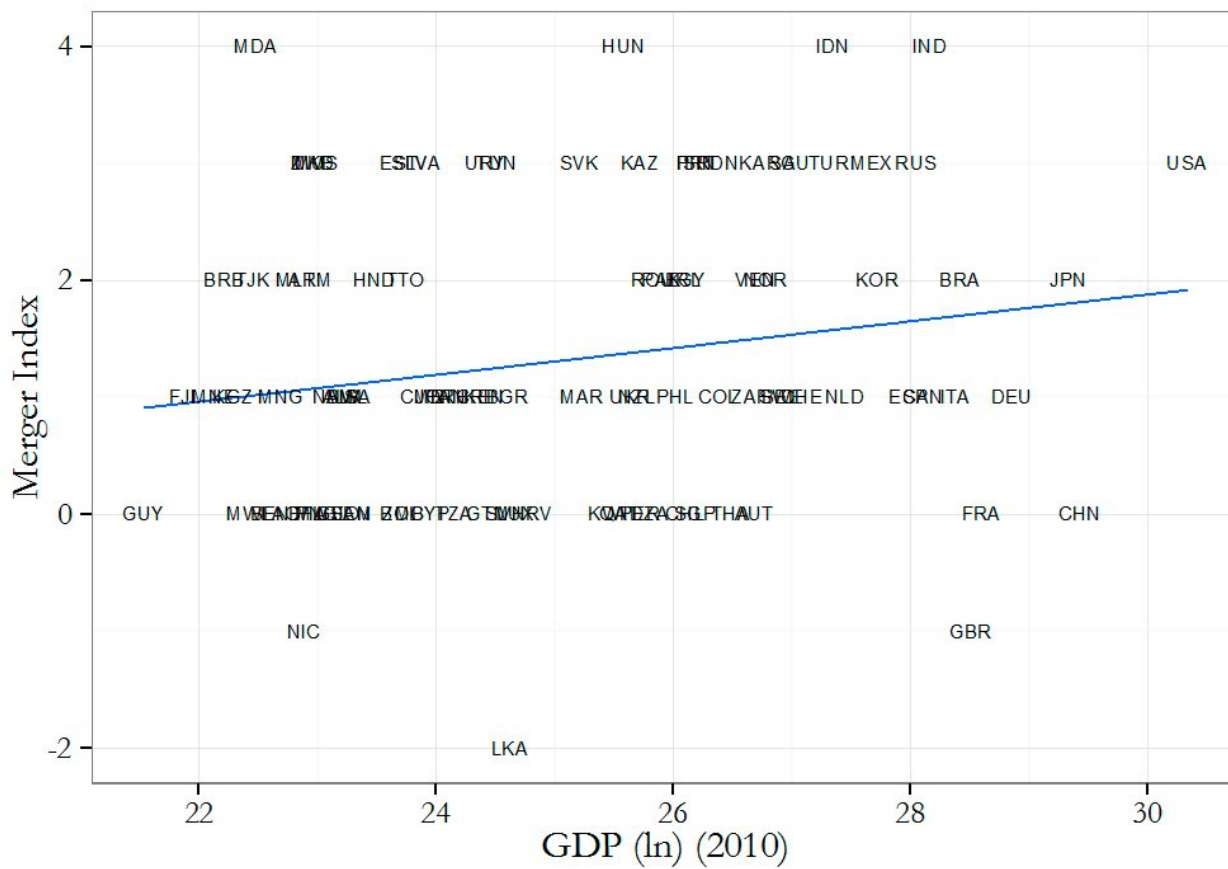
How does it look like concerning the merger provisions and these indexes across the countries? The distribution of the data shows five countries that have a maximum scope of the merger intervention allowed by the law. They have an index of four. But then we also have some countries that actually have a negative index: they have very little actual powers in terms of what agencies can do. They do not have mandatory merger notifications. But they have defenses available, leading them to have a negative index. Companies should be less worried when proceeding with the merger that has an effect on that market, because the index for those countries is low and hence an intervention unlikely.

In terms of mergers, some of the countries with the most extensive mergers provisions are India, Indonesia, Taiwan, Hungary and Moldova.

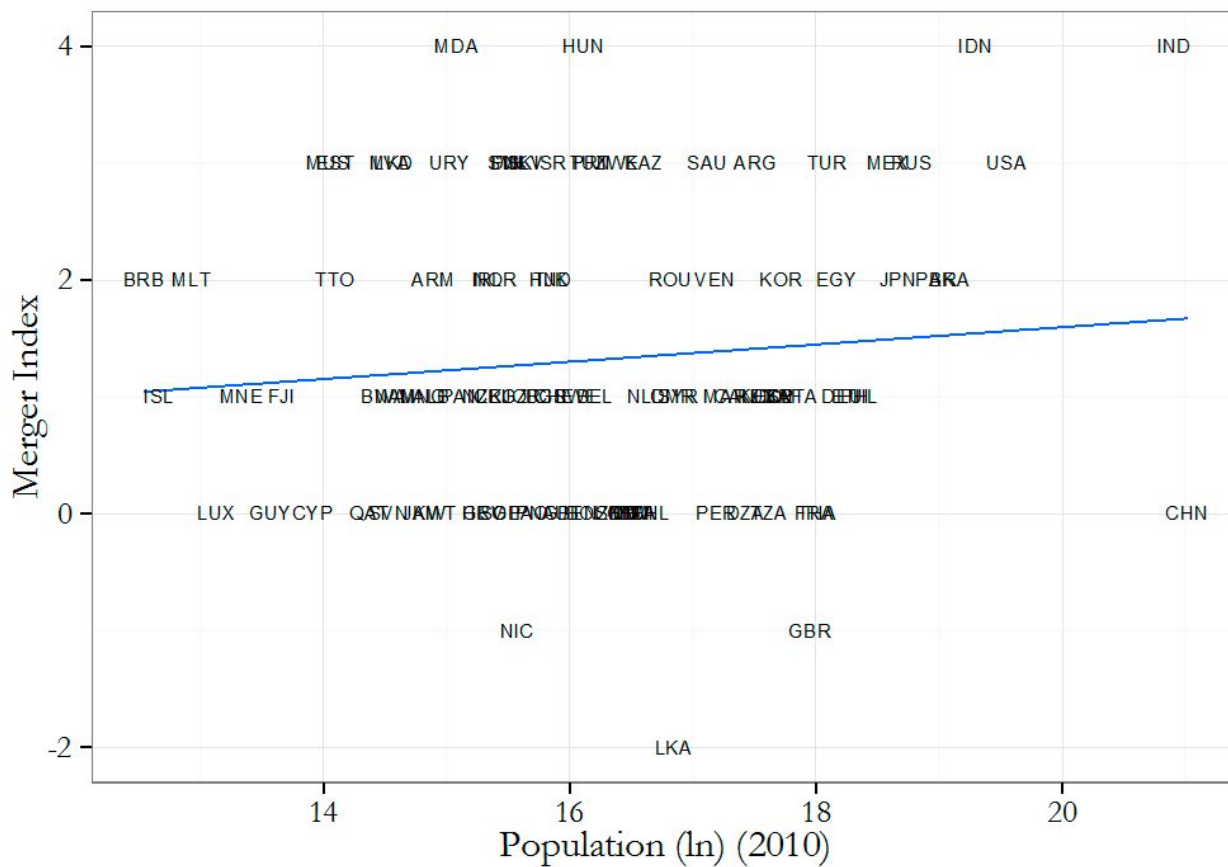
There were some surprises in the group. Now, we probably think that Moldova is not going to be the biggest question when it comes to the actual enforcement of the merger provisions. But that is what their law provides. These countries at least have extensive powers given by the law to intervene in merger matters.

When we look at whether there is any correlation between the merger index and the size of the market measured by the GDP, we see a statistically significant result, where the merger indexes positively correlate to the country’s GDP. We tend to have the wealthier countries with more extensive merger provisions. We do not see any statistically significant relationship, if we look at the size of the market as measured by its consumer base (population).

MERGER INDEX - BY GDP (*)



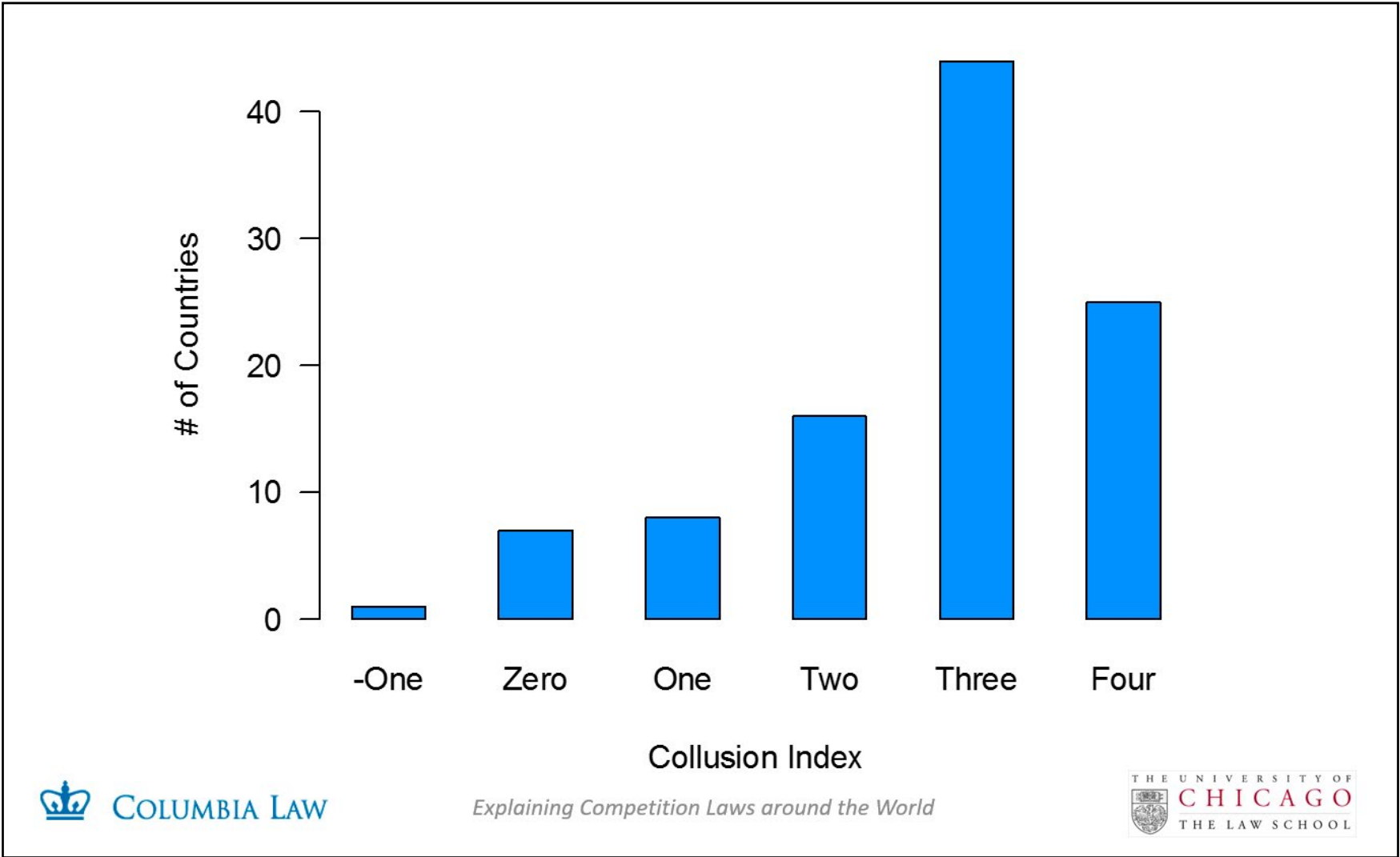
MERGER INDEX - BY POPULATION



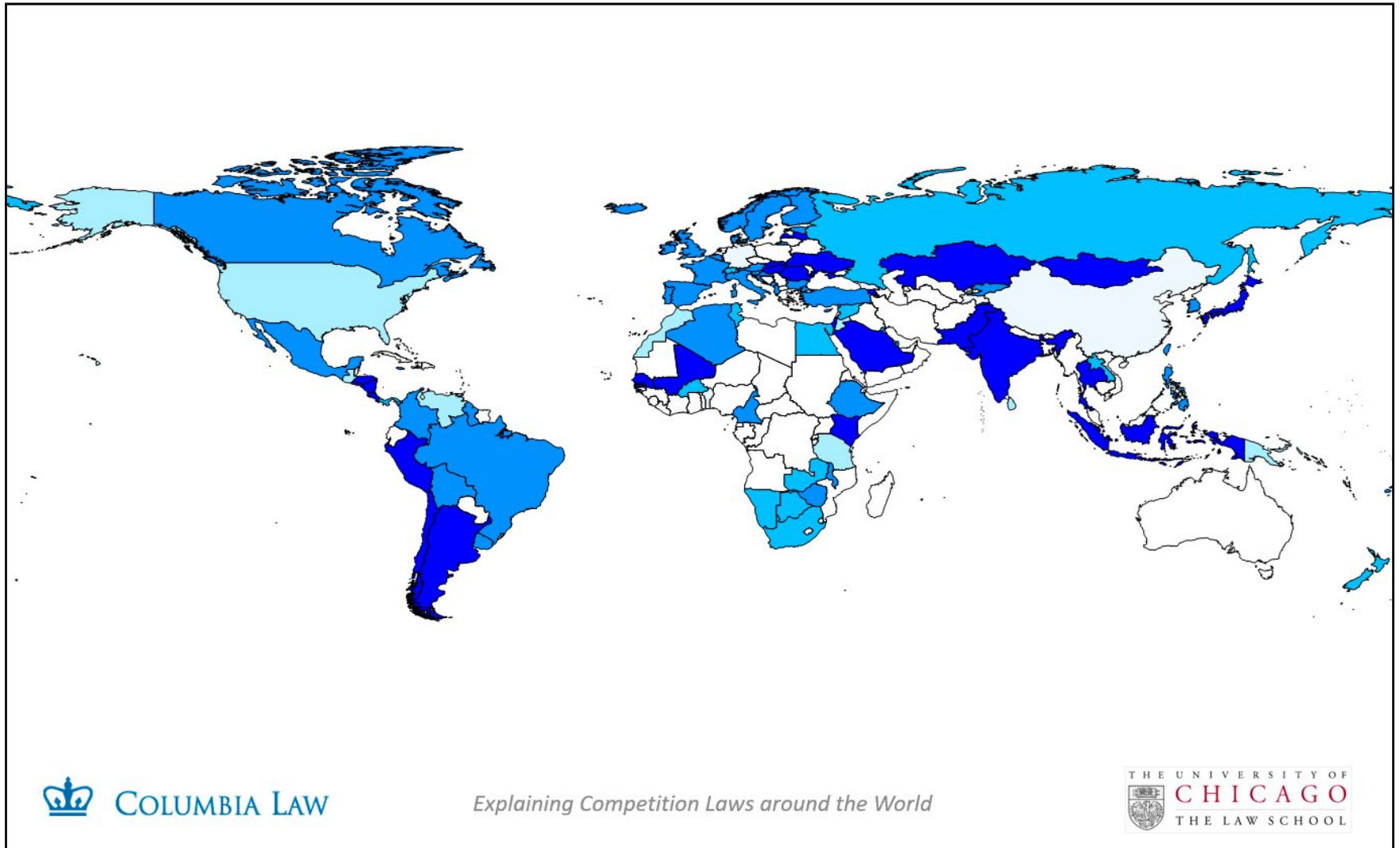
What does the world look like when we look at the collusion? How did we put together the collusion index? We looked at whether the country's law allows for intervention in the case of price fixing, market sharing, restrained output and bid rigging, and then we subtracted the defenses available for the companies.

It is probably more interesting to you to look at the map for the countries that are particularly strong: those that give their agencies rather extensive powers to intervene in case there is collusion on the market. But there we can also see a greater number of countries that recognize the importance of this trend (of the collusion provisions) which is consistent with the rather strong understanding, shared across the world, that cartels should be the priority for the agencies.

COLLUSION INDEX - DISTRIBUTION



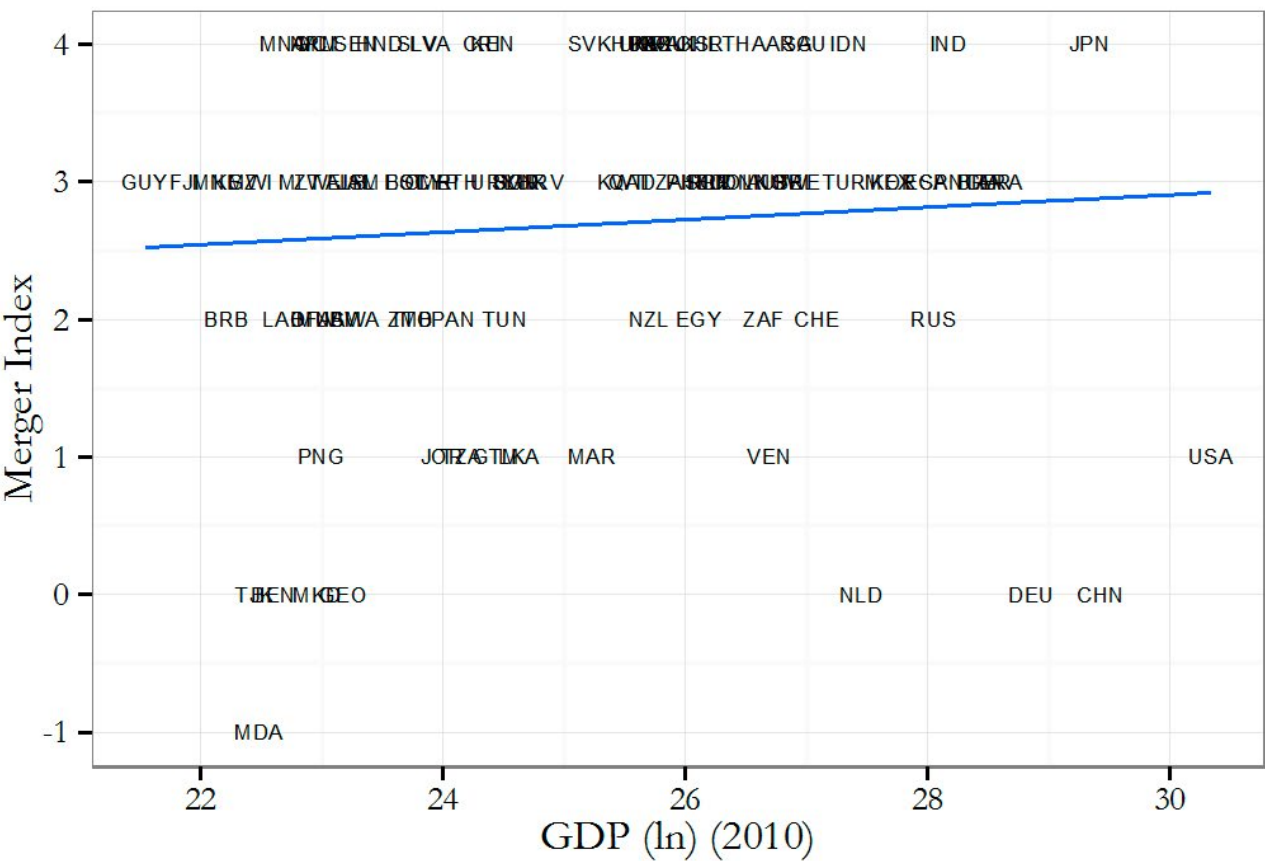
COLLUSION INDEX - BY COUNTRY



Interestingly, there are some countries that we may think to be very tough here, like the United States, not having extensive powers. Partially, this is due to the scarce statutory law powers that the United States has. The United States is almost an outlier, because a lot of its investigative powers come through the court dictated common law, which is why the next phase of our project is actually to code the case law coming from the courts that give additional powers to the agencies. That will change the analysis with respect to some countries like the United States, where the powers do not really come from statutes, but actually through the courts.

Concerning the collusion, we actually see no statistically significant data, whether we look at the countries that are populous, or that are particularly wealthy. It seems to be, that across the world, the legislators have determined that the countries need to have very strong laws against the collusion.

COLLUSION INDEX - BY GDP

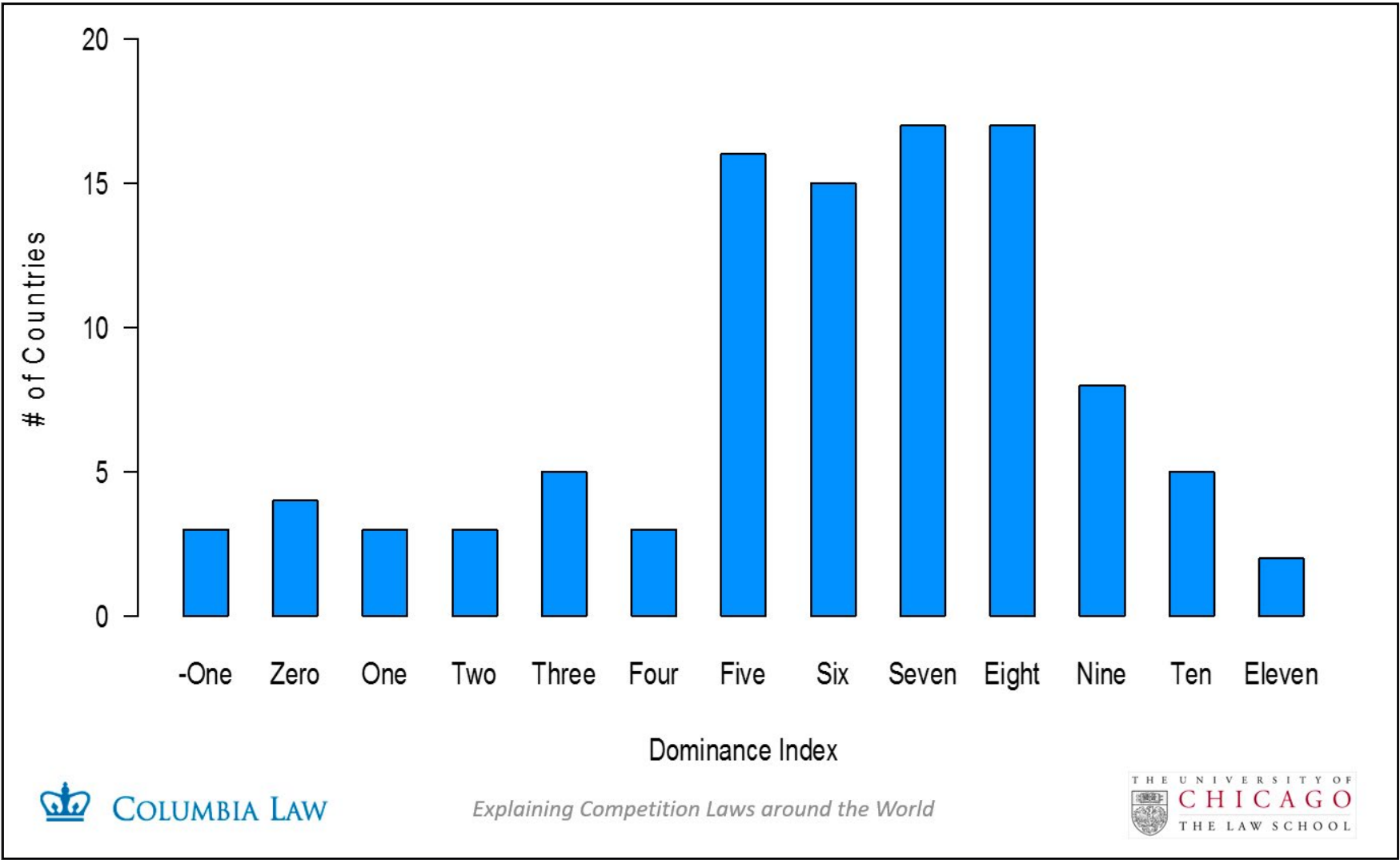


COLLUSION INDEX - BY POPULATION

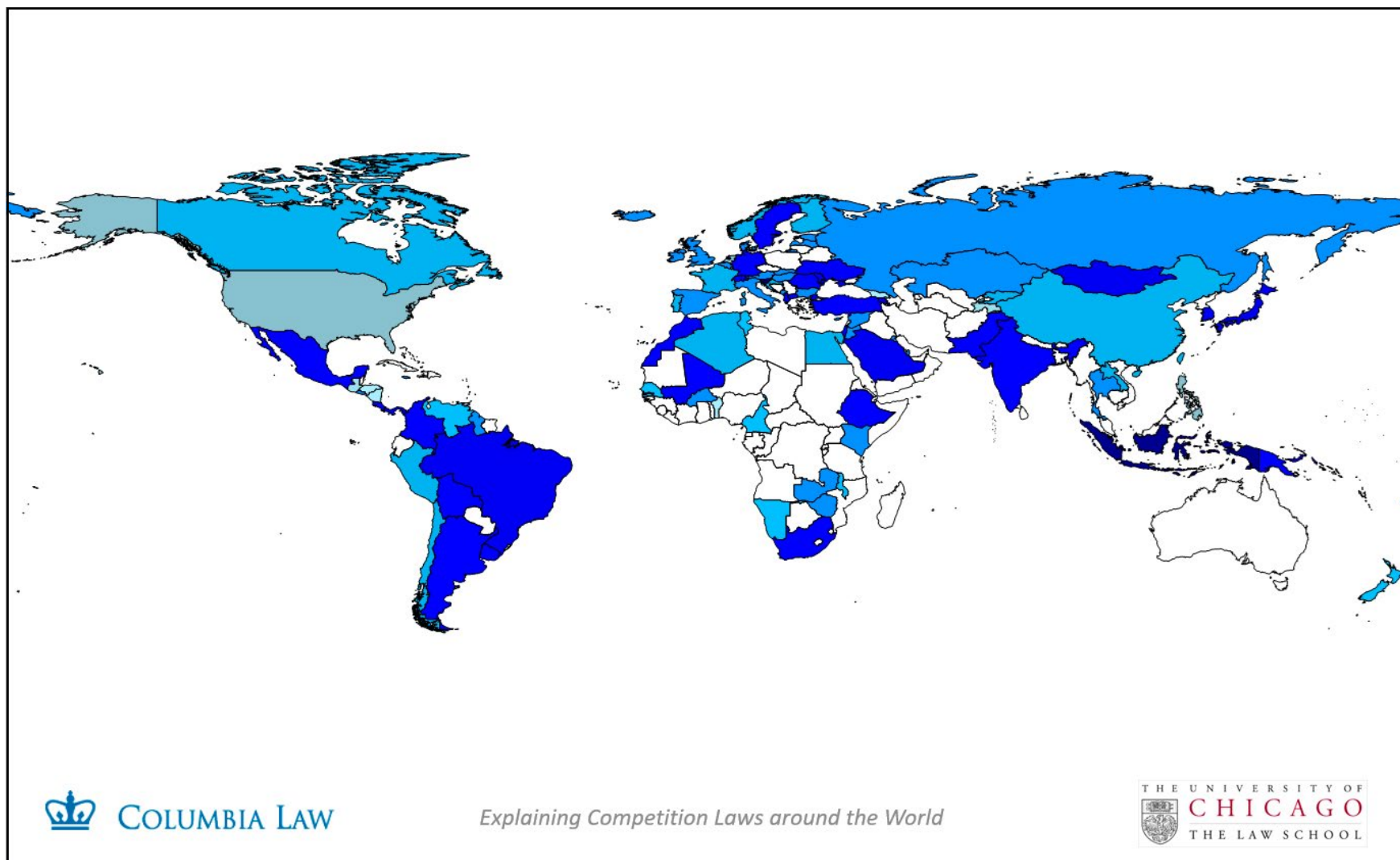


The most detailed index we coded in each law is the dominance index. We did this by looking at whether the country’s law generically says that dominance is prohibited. Maybe they do not even specify anything else about what the agency can do in this domain. We then also went and coded it separately if the law gives the agency the powers to intervene in case of refusal to supply, in case of tying or bundling, in case of loyalty discounts or then pricing practices that can be unfairly competitive: discriminatory pricing, unfair or excessively high pricing or predatory pricing. Or, whether there are resale price maintenance provisions that are prohibited in case of dominant companies. Or some other provisions that basically say that dominant companies cannot eliminate competition – they cannot exclude rivals; or whether they have a general provision in the law that prohibits any other type of behavior by a dominant company that can be anti-competitive. Again, then we subtract the defenses available for the companies.

DOMINANCE INDEX - DISTRIBUTION



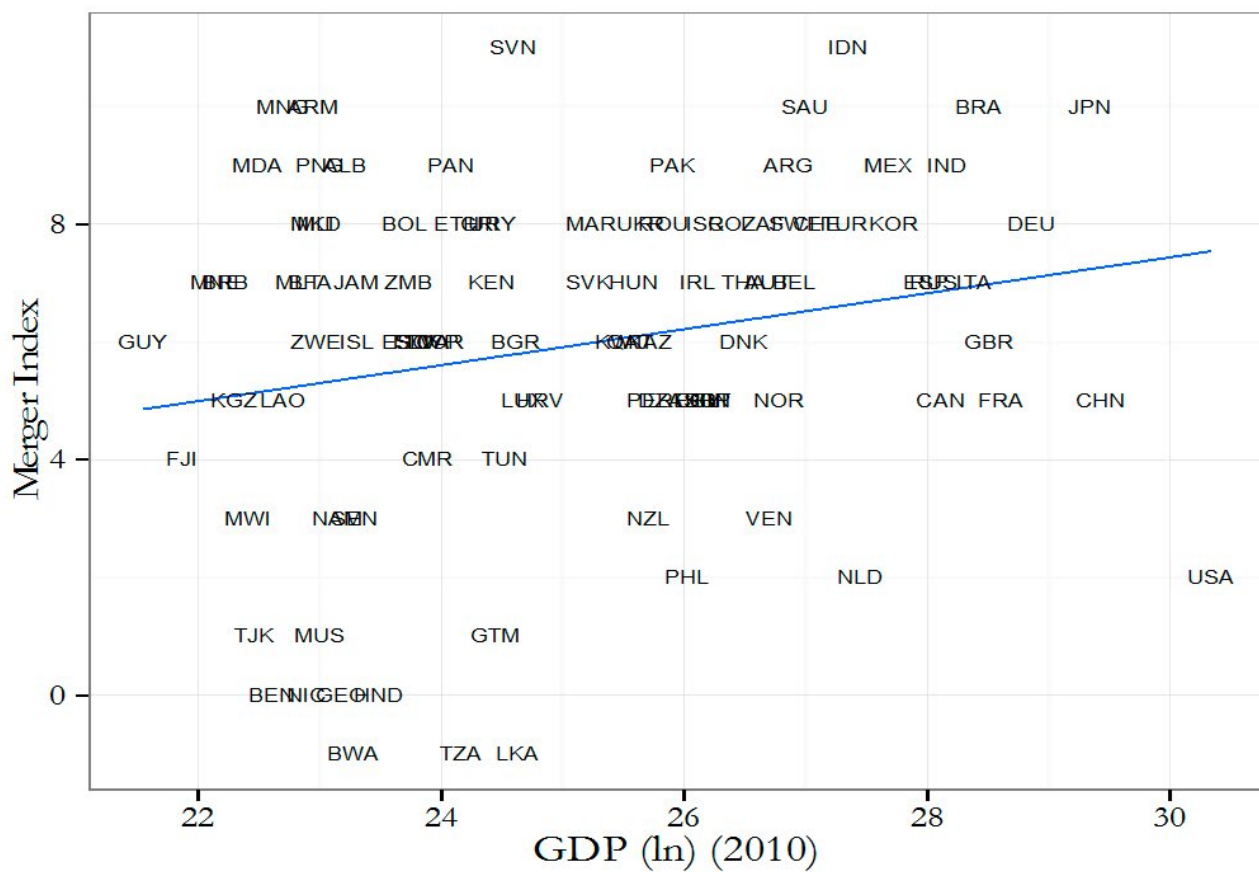
DOMINANCE INDEX - BY COUNTRY



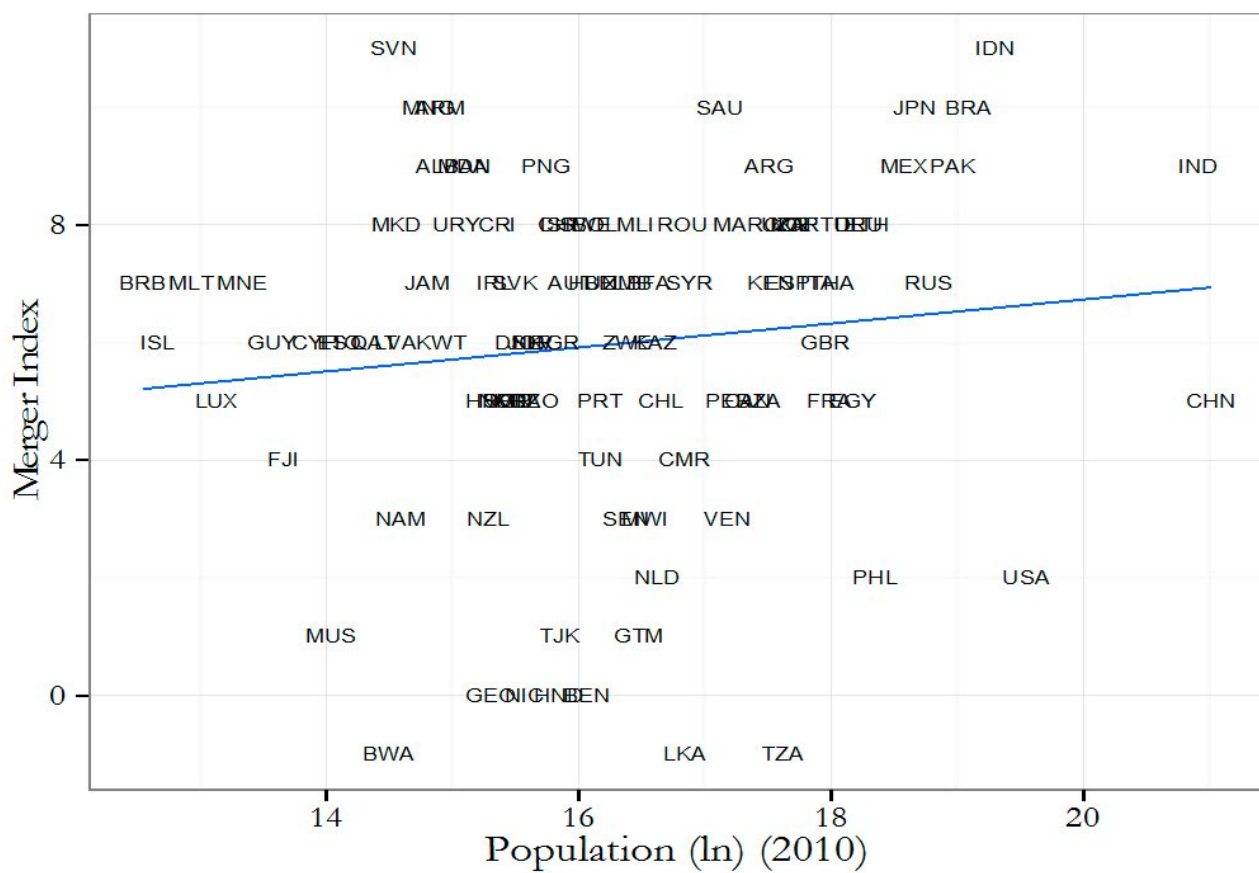
The dominance index cannot be compared to the merger index or the cartel index, because the dominance index is more detailed. But if we look at the distribution within the dominance index across countries, we see great variance across the countries in terms of how much power they give to the agencies to go after dominant companies.

This is what the map looks like. These are some of the strong countries with stringent and detailed dominance provisions. It is an interesting mix of countries: we have Indonesia and Slovenia with the highest possible index. Brazil, Armenia, Saudi Arabia, Japan and Mongolia are the ones with the most extensive provisions. We also have Argentina, Paraguay, India, among the others that are very strong in terms of what the law provides when it comes to abuse of dominance. Here we also see it strongly statistically significant result when we compare the dominance index to GDP. We do not see anything statistically significant in terms of comparing dominance index to the size of their population.

DOMINANCE INDEX - BY GDP (**)



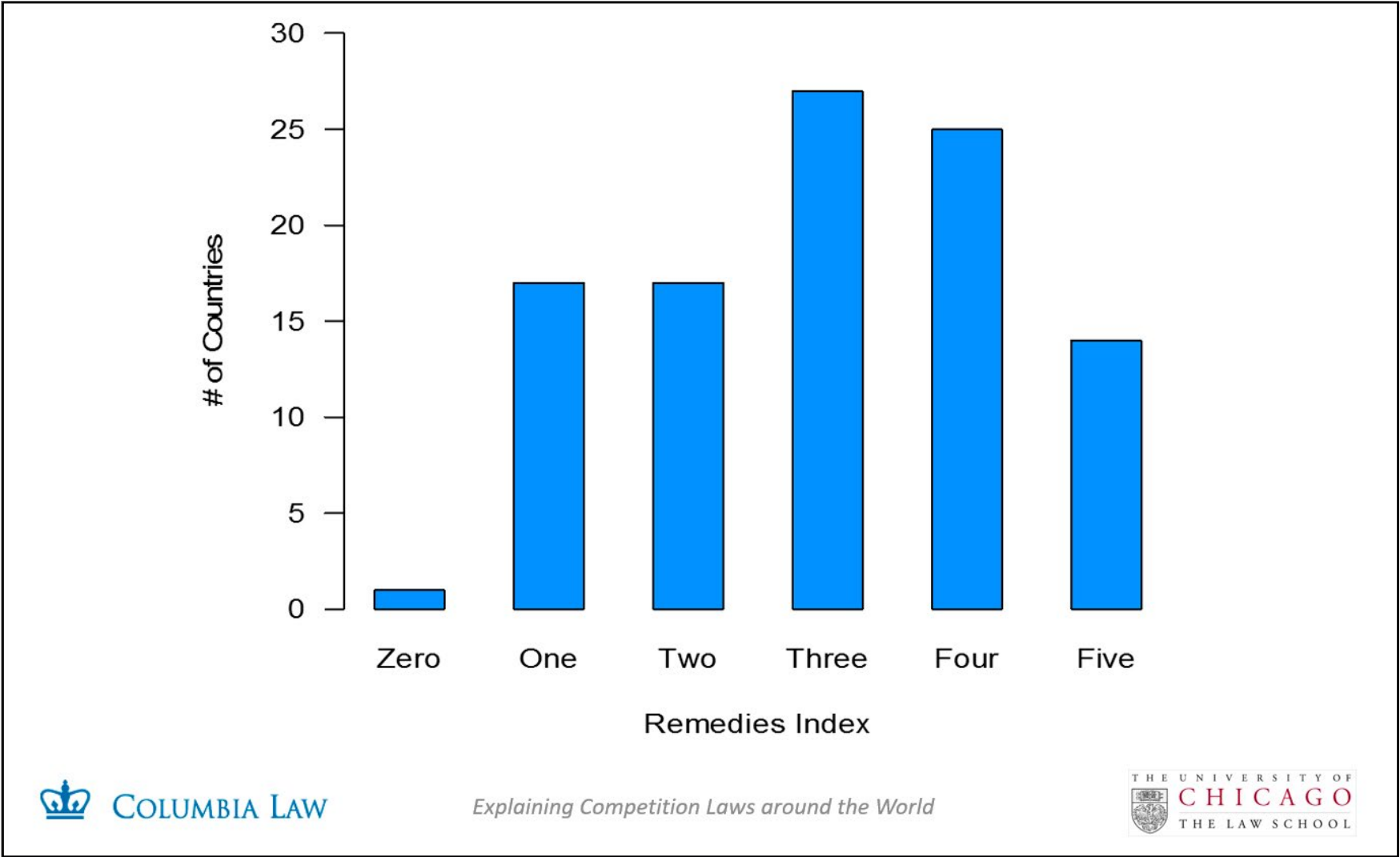
DOMINANCE INDEX - BY POPULATION



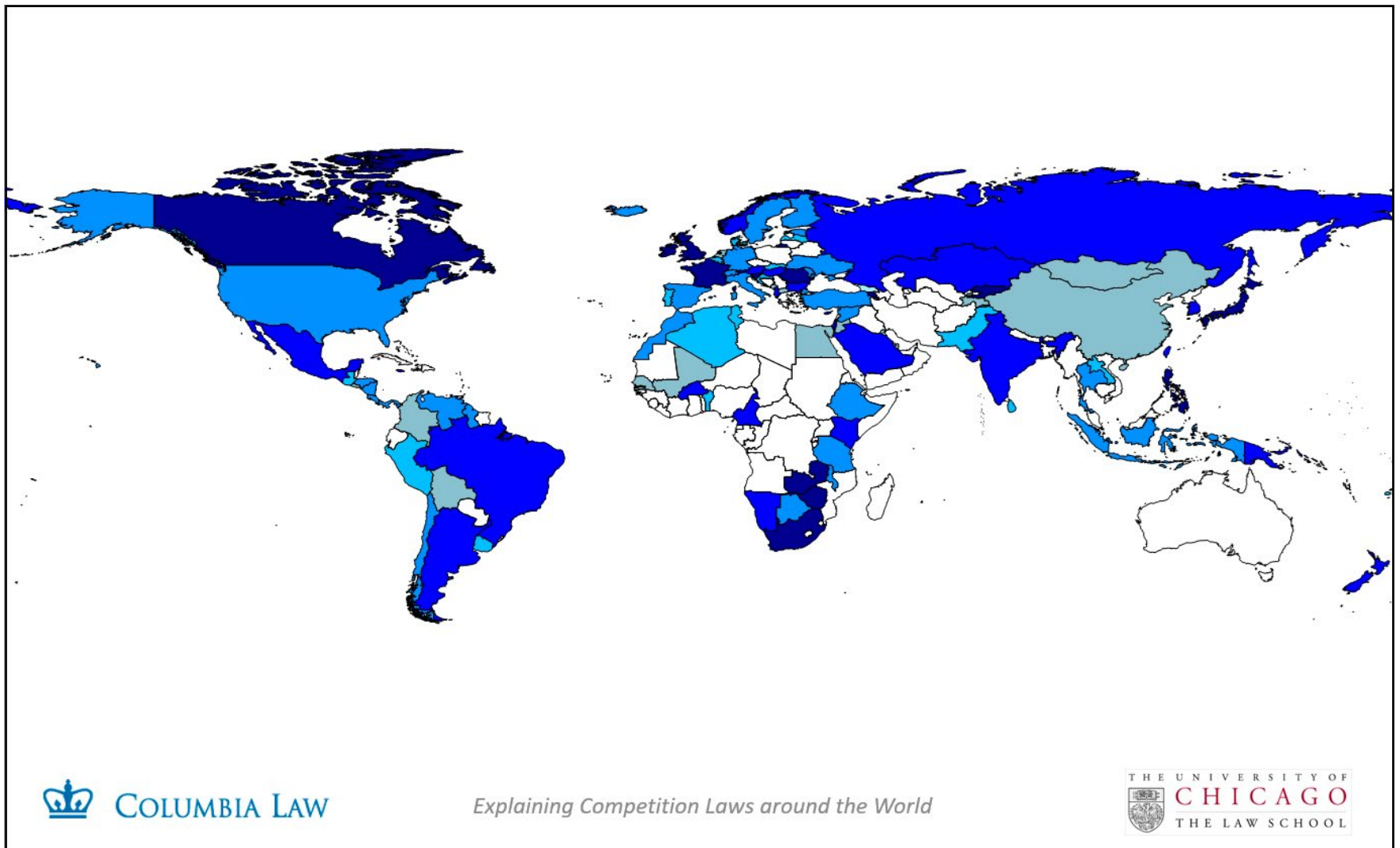
We also looked at the remedies, where there is an interesting question, because we have some countries where their agencies do not have any detailed powers when it comes to substantive law. But then there are countries that have very aggressive stands on remedies: imprisonment, administrative fines. And that is another way to make sure that the companies are deterred from engaging in anti-competitive behavior. Maybe the powers of the agencies are not as extensive, but, if the agency can come after you, you can end up in the jail or you can end up with a massive fine.

You may have divestitures that you need to carry through or even the agency has the power to break up dominant companies. You may also have damages that you may be liable for if private parties launch a suit against you. So, this is how we now measure the laws, in terms of the strength of the provisions and the remedies provided.

REMEDIES INDEX - DISTRIBUTION



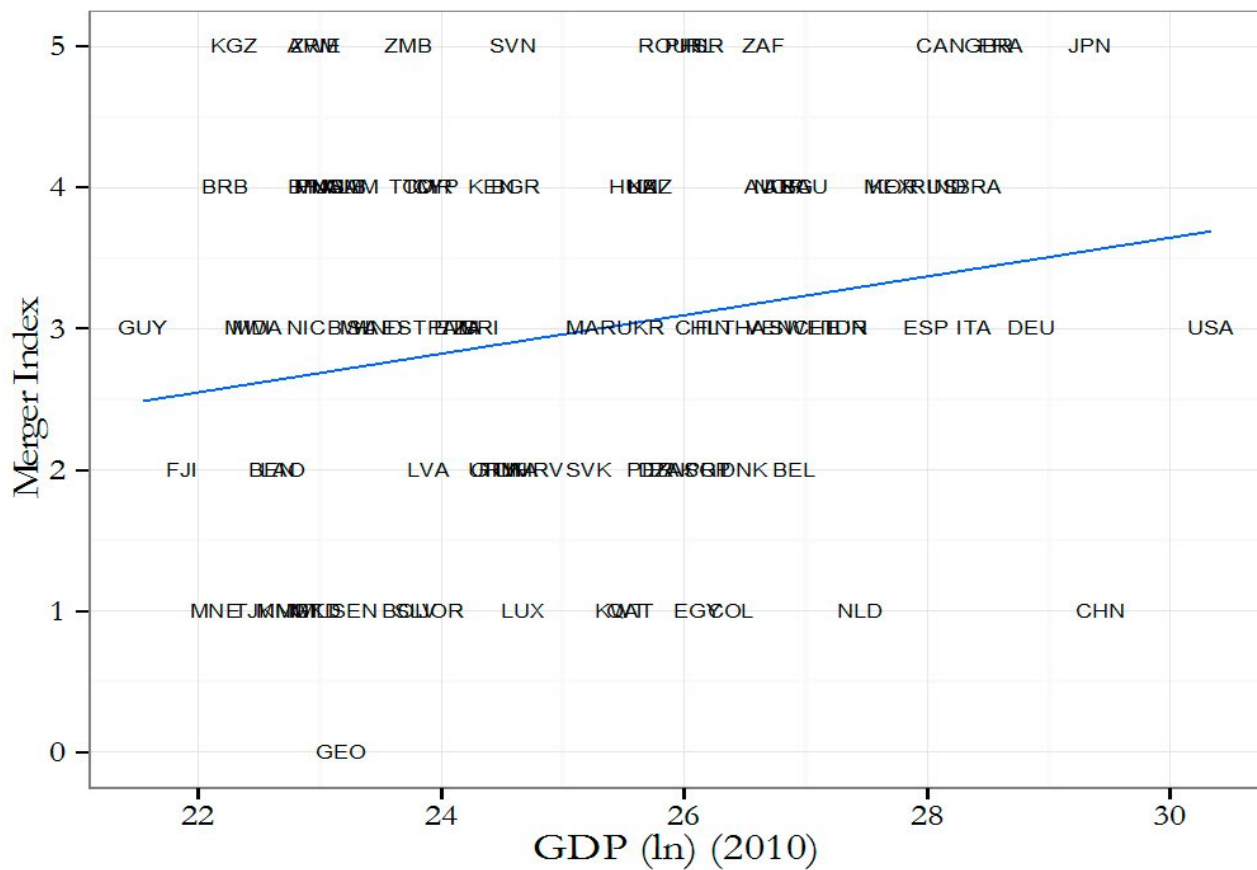
REMEDIES INDEX - BY COUNTRY



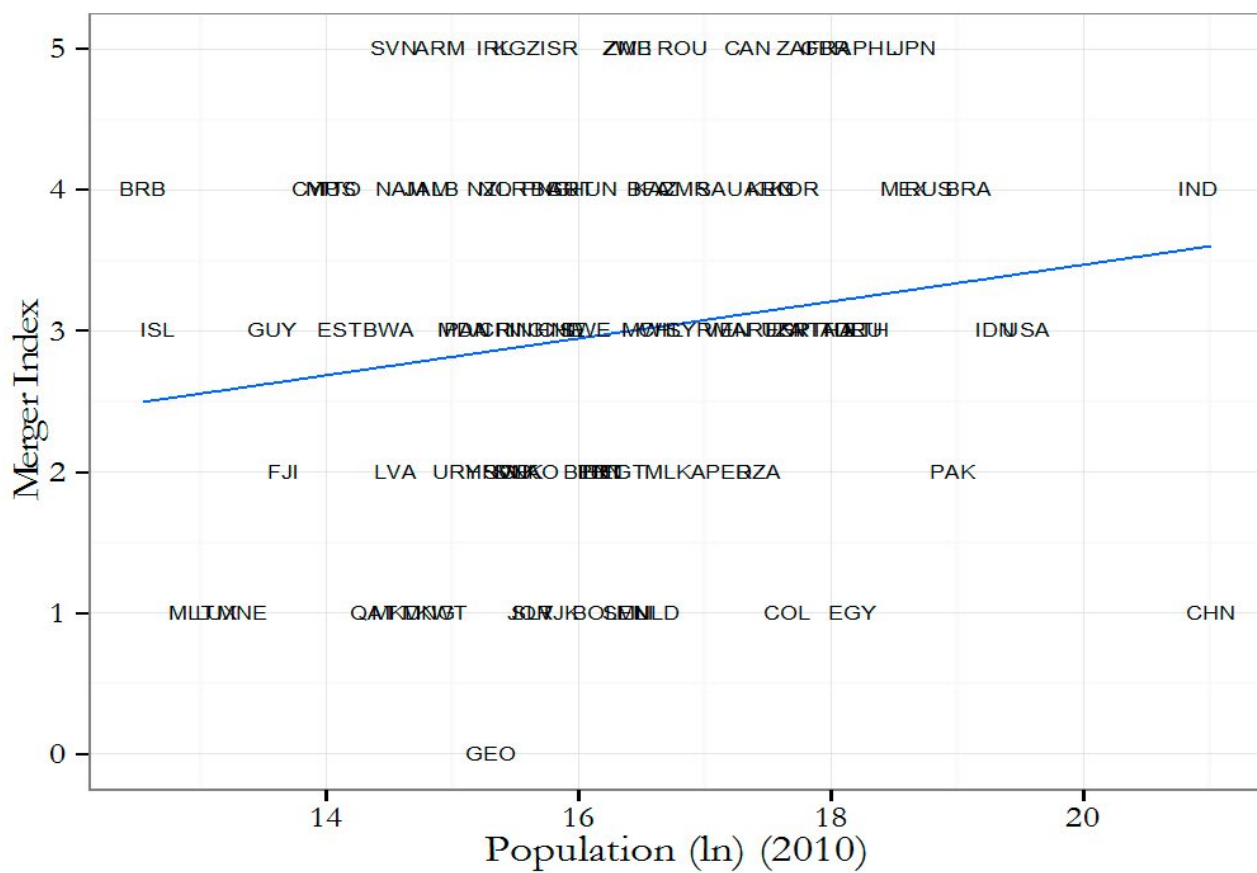
Our scale goes from 0 to 5, and we see what the map looks like when it comes to strength of the remedies. There are countries in Europe – like the UK, France, Norway, and some Eastern European countries – that are very strong, mostly because they provide criminal remedies – which the others do not. Russia, Canada, Mexico are very strong as well, whilst Brazil and Argentina in South America have very strong remedy provisions in their laws.

We see again a strong statistically significant relationship. I remind you that this is a preliminary regression and we will still need to do a more work on this, but our first cut – our preliminary results – indicate a statistically strong relationship, meaning that the countries with a high GDP generally include very extensive remedies provisions. And this is the only area where we see a statistically significant relationship, also when we measure the remedies index together with the population or the size of the market measured by the number of consumers.

REMEDIES INDEX - BY GDP (**)



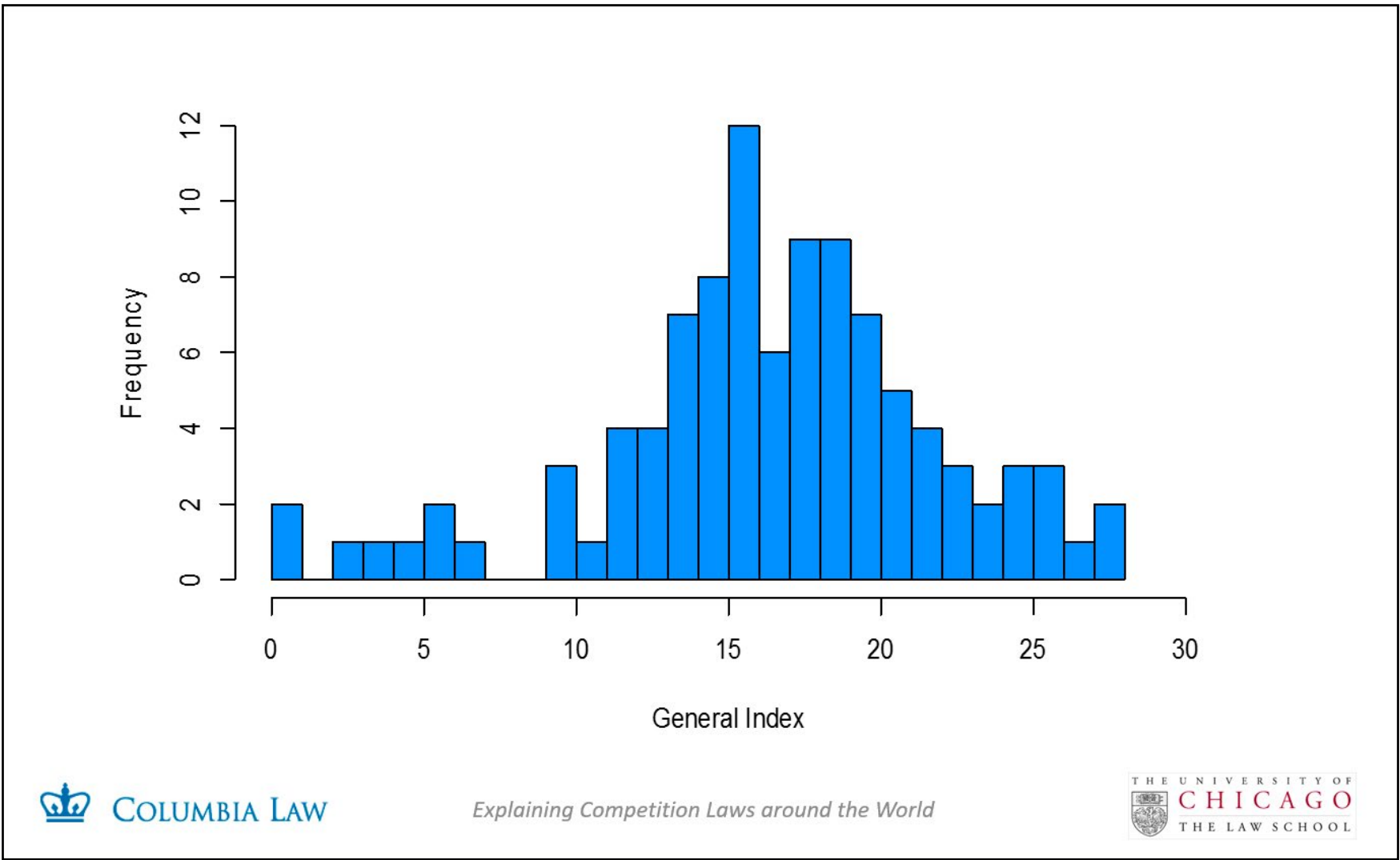
REMEDIES INDEX - BY POPULATION (*)



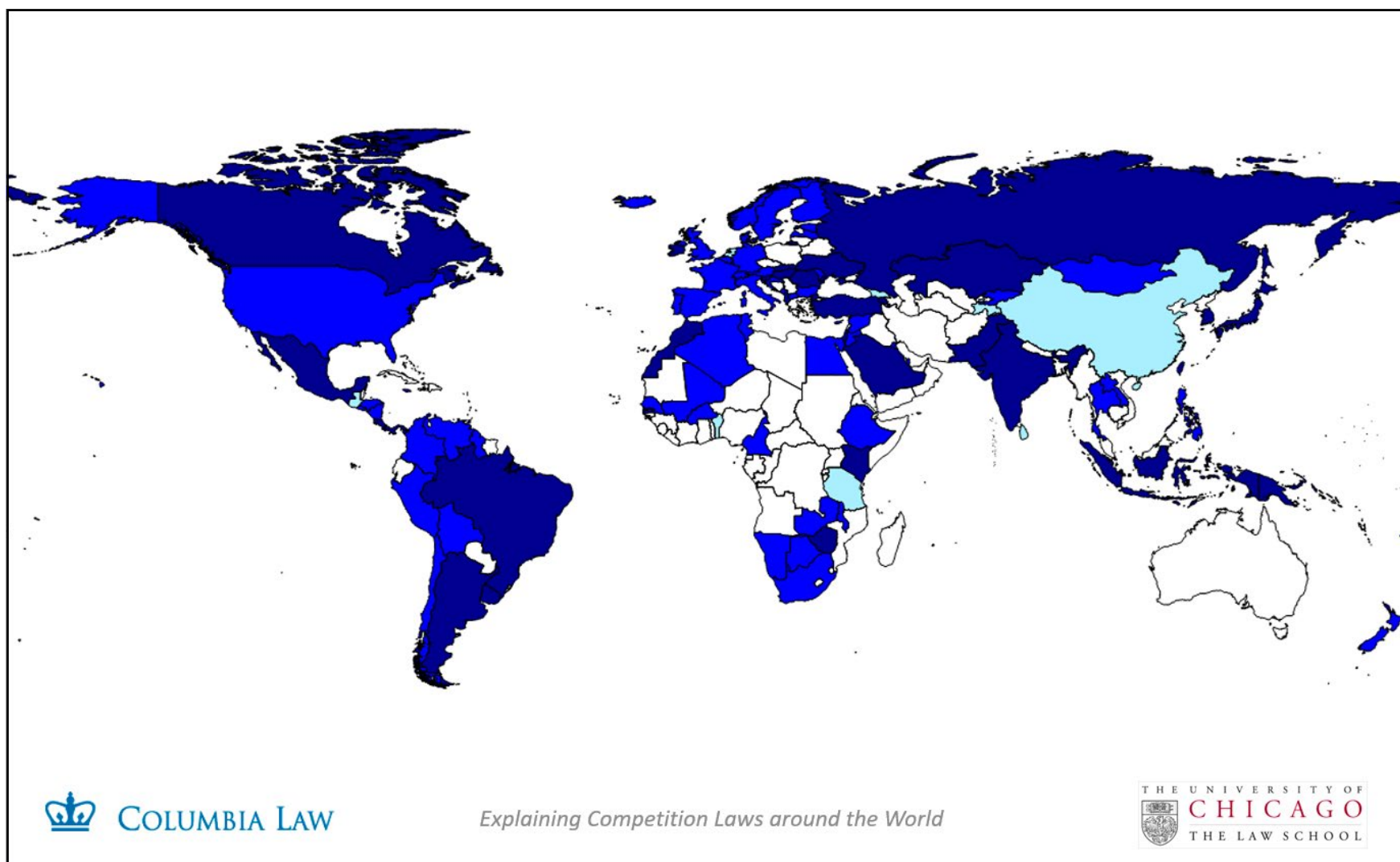
And let me end with the final index that we constructed - the general index. Now, I will explain to you how we constructed this index. Some of you may disagree on how we did this. We basically combined the merger index, the collusion index, the dominance index, the remedies index, but we also added other provisions that we found in the competitions laws, such as vertical agreements. We also included in the general indexes the fact whether the law allows the private parties to sue and whether the law allows extraterritoriality – whether the agency can go after the foreign parties as long as its domestic market is affected.

Here we see interesting differences across the countries when we look at that general index. And I chose three colors in the map where the darkest blue represents countries that have an index of 20 and higher. Then we have, with the lighter blue, the countries that have an index between 10 and 19, and the lightest color countries including China, are countries with a very low index, from 0 to 9. You can also see how Latin America looks in terms of the index.

GENERAL INDEX - DISTRIBUTION



GENERAL INDEX - BY COUNTRY



Let me remind you again: this is not a ranking such as Global Competition Review publication that looks at the ranking of the agencies. It is not just a matter of having the investigative powers; the agency also needs to be able to use them in an effective way. That is why we have a separate part of the research, looking at the budgets and whether the agencies can actually use the powers provided by law. But if we simply look at the elements that I have discussed, this is what it looks like. You see very high indexes for countries like Argentina and Mexico, which provide their agencies with powers, and others with very low scores: Guatemala, Nicaragua.

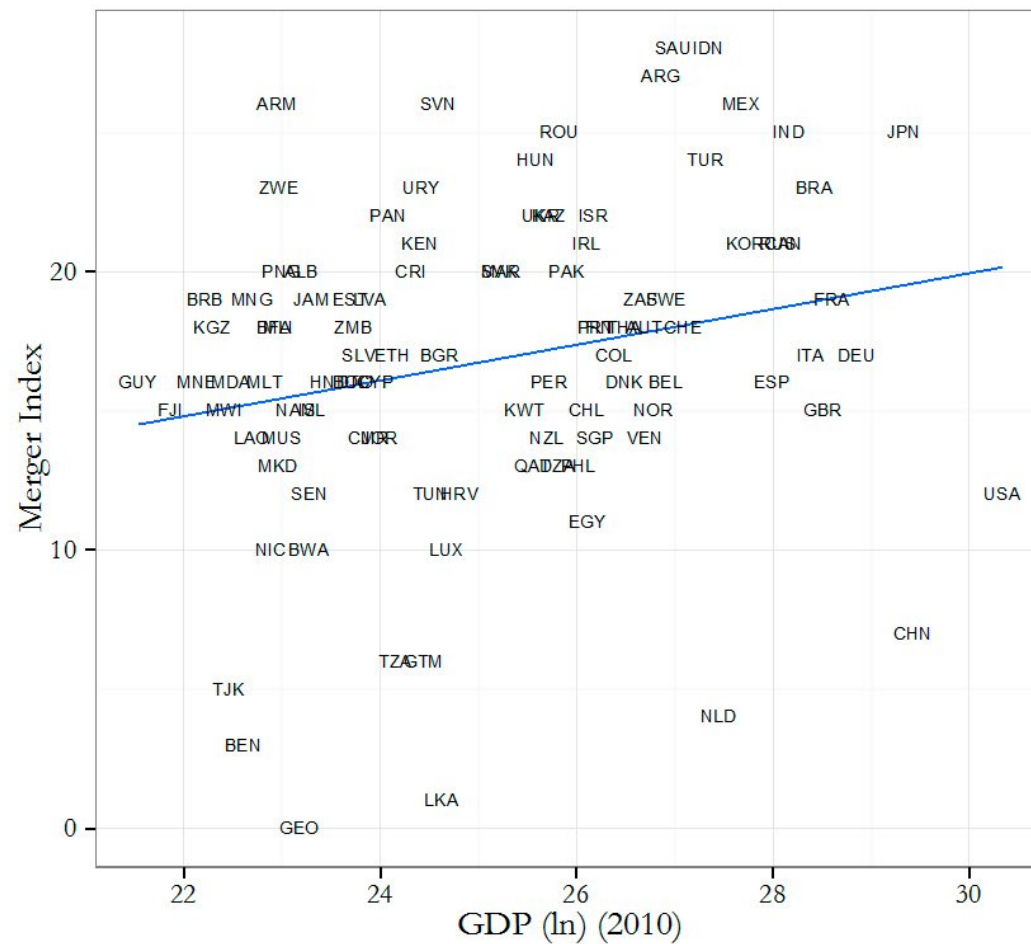
GENERAL INDEX - THE AMERICAS

<u>Central America</u>		<u>South America</u>	
Costa Rica	20	Argentina	27
El Salvador	17	Bolivia	16
Guatemala	6	Brazil	23
Honduras	16	Chile	15
Mexico	26	Colombia	17
Nicaragua	10	Guyana	16
Panama	22	Peru	16
		Uruguay	23
		Venezuela	14

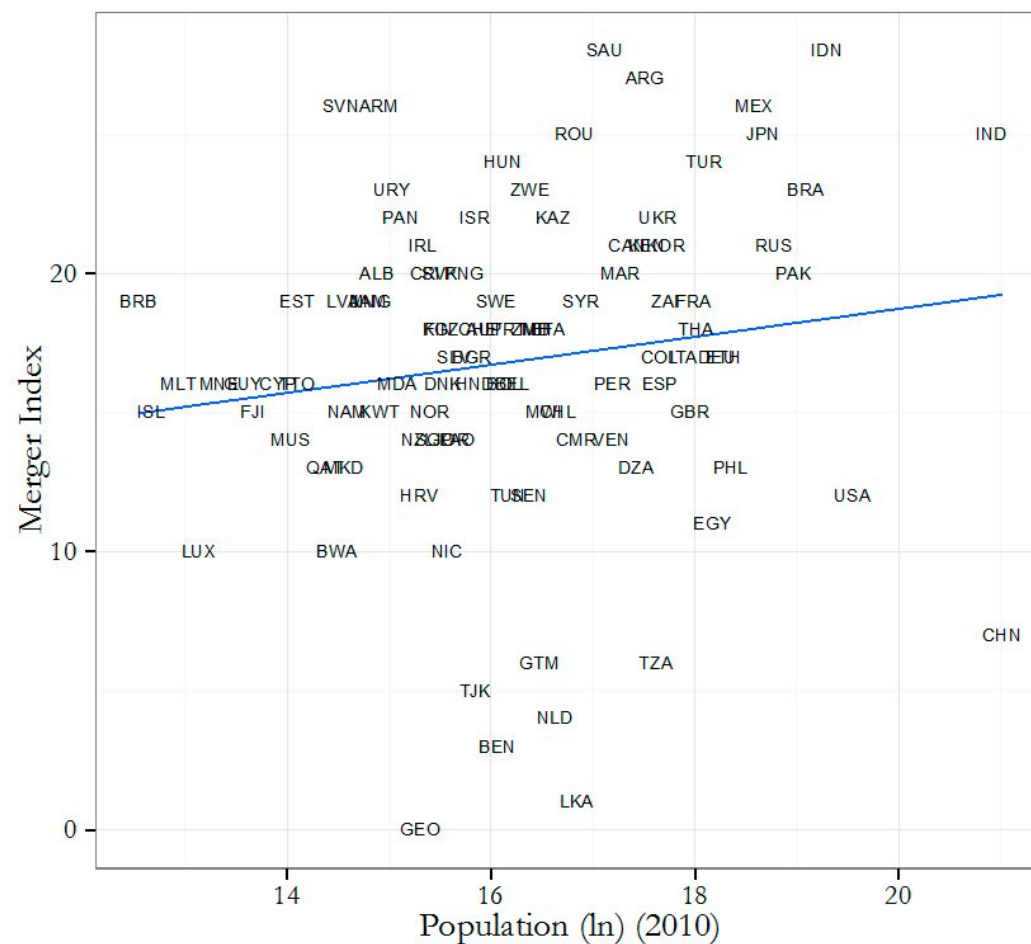
At the second stage, we will compare this to the actual enforcement results and see whether along with the given powers to going after the companies, the legislator also gives the agencies the budget to use these powers. And whether the legislator assigns the staff that allows you to take advantage of those powers.

When you look at the general index, again we see statistically significant relationship to the GDP but we do not see anything in population. Here is probably one takeaway: that the general index as well as the other indexes seems to be very strongly correlated with the GDP.

GENERAL INDEX - BY GDP (**)



GENERAL INDEX - BY POPULATION



These are the results that I am able to share at this early stage. The project will continue over the next year when we can also then incorporate enforcement data and the other parts complete our analysis across these different countries that were not yet included. But I hope this gives you a first sense of the extent to which we are working with. It is an issue not just for this country, not just for this region, but for the entire world. And how we see important similarities and some differences, and how all these choices legislators make are consequential.

We would also be able to analyze the changes over time so whether we say we look at the moment Peru's competition law was adopted, how its dominance index changes, how its collusion index changes. This is something that I look forward to sharing with you in the future, but I very much thank you for this wonderful opportunity to share now the first results we have available of this study.

Thank you very much.

Nota del editor: Por el formato en que han sido proporcionados algunos cuadros estadísticos, no ha sido posible mejorar su visibilidad.

QUESTIONS

Question: What are the next steps in his study, what's next?

Answer: So, in addition to completing the analysis, we've moved into the exciting phase of running various regressions. We begin to test and see other relationships, not just looking at the GDP and population, but looking at the length of the agency's existence where the experience creates different types of laws and enforcement practices. And then, we will move to publication, so we will be writing a series of academic articles, publishing our results, and I hope to have a lot of interesting venues and opportunities then to share the results and present them to different audiences. And, at this point, I expect also, to receive some further questions, tailored inquiries from various agencies, for instance: How we should think about what explains the way the countries think about cartels? Is our country different? Do we have less of a budget compared to other countries that still have the same size GDP than we do? Do they have more people working in the agency? Do our agencies look different? Which then would be one argument when you go to your legislator and you will want to show what kind of powers you have, what kind of resources you have; what you have been able to accomplish. So, that's the next stage that I am very much looking forward to.

Q: What do you think of whether Peru should have a merger control law?

A: Peru is quite different compared to the other countries in not having merger control. And that is something that I was surprised to learn. I expected, when we ended our study in 2010, that, for sure, by 2015, the situation has changed if we look at it today, I would have and I must have your index for Peru, because of course, they follow what the rest of the world has concluded: merger control is an important power for the agencies to have. In terms of merger control, I don't see a lot of differences across the countries, in that only some countries [don't] feel that they need this power. We see probably the biggest differences when it comes to vertical agreements - when it comes to abuse of dominance: how aggressively we go after those? But where the countries seem to agree, in respect of other properties, is the importance to tackle cartels. And then a similar agreement applies to mergers: the importance, in particular, to go after horizontal mergers, where the competitors merge. So, I genuinely have no strong counter-example why you would not vest your agency with this power. Mergers are very international. That power needs to involve the ability to go after off-shore mergers – the extraterritorial cases – where you have e.g., an American company acquiring a Peruvian company. I think that's an important part of the toolkit of a competition agency. I find it very difficult to think that the agency would only have to wait until the problem arises on the market where the markets are too concentrated - and then try to go after these companies under the basis of dominance rules, where they have had already a too concentrated market. It's much easier if they can potentially prevent a merger or go for behavioral or structural remedies before the merger is put in place, because it's very hard to unscramble a merger once it's there in place. So, I have very few arguments that would suggest that the agencies and countries are better off not being able to control the mergers. That said, I think we see in our data a lot of countries that are just flooded with merger notifications, where the thresholds for notification is too low. I don't think that is necessarily good competition policy. So, when it comes to the notification threshold, we must carefully delineate the scope and the type of the mergers the agencies look at. That's an important decision: that the thresholds are meaningful; that they are actually tied to assets or market share in the Peruvian market. And not just that Indecopi would want to waste resources to look at every single merger, no matter where it takes place. So, as long as we have a smart merger control, that gives the agency the powers to look at the mergers that are most relevant, in terms of affecting competition on this particular market, I can only see that the power for the agency [is] to serve the consumers on this market.

Q: Can you show us some preliminary results of your research on enforcement power - some preliminary findings?

A: I wish I could. I believe I must be cautious since we are in the final stage of putting the data set together and I expect that by the end of the calendar year, I will have some of the results. So, anything that I would have right now is very “impressionistic”. Certainly what I can say is that when we look at those maps that I just shared [on] powers given by laws that the actual enforcement resources don’t always follow the law. We see an important gap with respect to some countries, in particular when we see the small developing countries – the least developed countries – that have adopted extensive laws, primarily to impress their trading partners to secure a trade agreement with a country like the EU, where the EU asks the country to have a competition law in place. But when you see there’s no real commitment to the culture of competition, they have not gotten the budgets to actually use those powers. They do not have the competent workforce to investigate complicated competition matters. So, we see some countries where it’s questionable of why they have such an extensive law, if we see no real internal commitment for that. In most of those cases, we see an external reason to impose the competition law. It doesn’t come from the country’s own commitment to have an open competitive market, but it’s really something that the trading partners have imposed – the lenders, in some cases, the World Bank, the IMF. That’s one of the examples of data points I showed: Indonesia, [is] very expansive in its law. Well, it was because the IMF (International Monetary Fund) gave a loan to Indonesia against the commitment to adopt an expansive competition law. So, what we normally see is that, if the competition law is a result of the country’s actual commitment to enhance competition, we see a closer alliance between what the law says and what kind of enforcement we actually see. But, other than that, I’m afraid that I don’t have the data yet to tell about our findings. But I am more than happy, when we have that, to make sure that I send the research papers to Indecopi and other relevant parties, so that you will be able to see what we actually find when we run the data.

Q: Anu: have you considered the legal origins of the law as a possible distortion of your results?

A: That is actually another excellent question. Yes, we have. In particular if you see countries like the United States, the UK (the United Kingdom) scoring very low in terms of the index. And, it is the case that in many countries (in particular the common law countries), law made through the courts can be an important source of giving additional powers to the agencies, which is what we have now launched in this part of this project where we are also coding the case law. It’s particularly tricky: we can look for the statutes but the role of the courts is very difficult to capture in an easy way. So, the way we will start this phase is with an experts’ survey; we will send a question to various experts around the world to first of all ask how important the courts are in giving additional powers and basically creating new sources of law that the agencies can rely on. And then we evaluate our results with respect to the countries where the courts can be particularly powerful in terms of expanding these powers. So, I think it’s a very good observation that the legal origins do matter and obviously, [with] legal origins. This is my answer if I understand the question correctly to be about common law and civil law. But the question of legal origins can also be understood to be about the other characteristics of the economy: the various forces that go into explaining this variance of the results. And yes, we use statistical controls, to try to control all those other variations. To avoid the inevitable variation that takes place cross-nationally, we are also relying on what is called time-series analysis, where we look at what happens within a single country over time. We hold constant various peculiarities of the Peruvian economy - or Peruvian society - and then look at whether then something else changes (such as GDP or commitment to open trade) – we see changes - in the Peruvian competition law. So, those results I wasn’t sharing yet today (and we haven’t yet run those). But one of the ways we deal with this problem of the different peculiarities is to look at a single country and [see] what happens over time.

Q: How leniency programs could be introduced in your analysis?

A: So, what we have coded as part of the enforcement questionnaire that we have sent to all the agencies, [is that] we basically code 'yes' or 'no' for each year - whether the country has had a leniency policy, [it] will be part of the analysis. We have mainly thus far looked at it as an important toolkit to pursuit cartels. So, when we just measured the cartel powers, we can move it to this part of the analysis as well, and include it into [the] collusion index. But it's part of the data that we gathered through the agencies, partially because it hasn't been always in the statutes. It has sometimes been in other regulations, but we have now collected that data and it can be incorporated in this analysis and certainly it will be part of the enforcement analysis. So we have gathered the data on leniency. I consider it to be a very important tool in cartel enforcement and it could actually be interesting to look at the data whether we see different types of enforcement resulting countries that have adopted leniency as opposed to countries that have not, and whether we see differences within the country before and after it adopted leniency. So, I think it is a very important question and something we will be able to look at through our data.

Thank you very much.

TRADUCCIÓN LIBRE DE LA CONFERENCIA AL ESPAÑOL

Es para mí un gran honor y un placer estar aquí. Estoy muy agradecida por esta invitación a visitar este bello país.

La primera vez que tuve noticia de este “Día de la Competencia en el Perú” fue por mis colegas de Brasil y me pareció una idea fabulosa.

Me alegra que Indecopi haya adoptado este modelo y que haya aprovechado esta oportunidad para explicar la importancia de la competencia, participando en una conversación de carácter público, asegurándose que la sociedad, con toda su diversidad, tome conocimiento de la importancia del trabajo que venimos desarrollando.

Hoy quisiera ofrecerles algunos atisbos preliminares acerca del estudio que venimos llevando a cabo con mi colega Adam Chilton de la Universidad de Chicago, en un estudio comparativo que pretende abarcar a todos los países del mundo que poseen leyes sobre competencia y que se esfuercen por darles cumplimiento. Igualmente nos interesa comparar dichas legislaciones.

Antes que nada, debo decir que la legislación sobre competencia es un fenómeno de alcance internacional. Hoy tenemos una enorme proliferación de leyes de competencia en todo el mundo.

Podemos observar que los primeros países en contar con leyes sobre competencia (Canadá y Estados Unidos) aprobaron sus legislaciones muy tempranamente. En los años sesenta del siglo XX ya había más de veinte países con normas de este tipo. Y se puede apreciar el crecimiento de las legislaciones en esta materia durante las décadas recientes. Muchos de los países de la OCDE han adoptado leyes sobre competencia, así como otros no pertenecientes a la OCDE. Se observa una creciente tendencia, principalmente desde los años 60. Pero es en los últimos 25 años que se observa una masiva proliferación de la legislación en materia de competencia en todo el mundo. Uno de nuestros gráficos muestra el número de países que en cada año poseían legislación sobre competencia. En 2010 – el último año de análisis en nuestro estudio – había hasta 80 países no pertenecientes que contaban con legislación en materia de competencia junto con todos los miembros de la OCDE. Así pues, hoy en día, hay más de 120 países en todo el mundo con leyes de libre competencia.

En nuestro estudio también hemos medido la rigurosidad de dichas legislaciones, es decir, los alcances de las facultades que la norma otorga a las entidades encargadas de velar por la competencia. Asimismo, se aprecia una fuerte tendencia al incremento de estas competencias, año a año. Algo que podemos reconocer no sólo en unos cuantos mercados, sino que los gobiernos alrededor del mundo han empezado a comprender es la importancia clave que las normas en materia de competencia tienen en la economía.

En este estudio nos interesaba comparar las legislaciones de los países, a fin de ensayar explicaciones de las diferencias entre las distintas clases de normas adoptadas por los diferentes países. Nos preguntábamos si ello dependería del tamaño de cada mercado; por ejemplo, si las economías más pequeñas requieren un tipo particular de normas anti-trust. (Valga la oportunidad para decir que esta expresión, anti-trust, se ha empleado durante años, especialmente en los Estados Unidos, aunque con referencia a distintos tipos de normas de competencia.)

Siguiendo con las preguntas: ¿se trataba más bien del nivel de desarrollo del país? ¿O de cuán rico es? ¿Es que estas condiciones dictan el tipo de leyes de competencia que el país en cuestión debe tener? ¿O tiene ello que ver con la apertura económica del país (con qué grado de apertura efectúa su comercio)? ¿Fomentaría ello más bien una legislación de competencia más rigurosa frente a los monopolios? ¿O tiene que ver con la capacidad y la experiencia del país en hacer cumplir las normas de competencia?

Algunos de mis colegas, entre los que se cuenta Bill Kovacic (famoso académico estadounidense especialista en competencia), han declarado que un país pequeño debería tener una legislación básica centrada en cuestiones claves muy fundamentales, en lugar de adoptar todas las reglas potestativas existentes en el mundo, de modo que las entidades públicas de competencia puedan concentrarse en aquello que es prioritario para ellas. Y sólo una vez que adquieren suficiente experiencia podrán expandir el ámbito y los alcances de sus normas de competencia.

Estas son algunas de las cuestiones que nos interesaba plantear. Por otro lado, resulta interesante observar que no se había investigado estos temas anteriormente con ayuda de datos fácticos. Entonces, lo que nosotros hicimos fue reunir la totalidad de las legislaciones en materia de competencia de todos los países del mundo que la poseían en 2010. No sólo hemos acopiado y analizado las normas de carácter legal, sino también las normas y reglamentaciones sectoriales, las normas penales (que establecen penas privativas de libertad o multas en caso de violación de las normas sobre competencia), reglamentos por sectores, normas de carácter constitucional (por ejemplo, la prohibición de monopolios), etc., es decir, toda la normativa en sentido amplio, referida a los temas de competencia en cada país. De esta manera, estamos en condiciones de comprender con claridad los alcances y la amplitud del derecho de la competencia en cada país. No sólo reunimos las reglas de la normativa positiva, sino también las facultades que poseen las entidades reguladoras de cada país para hacer cumplir la ley y de qué manera llevan a cabo dicha tarea. Recogimos datos acerca de los presupuestos de las entidades y de cuántas personas trabajan en ellas. Asimismo, los resultados de las actividades de cumplimiento: el número de casos judicializados que hay cada año y cuántos de ellos se cierran con alguna clase de solución; el monto total por multas impuestas por las autoridades de competencia cada año. También lo relacionado con el control de fusiones corporativas o con los abusos de la posición de dominio. Estos pues algunos de los aspectos de nuestro trabajo.

Esta ha sido una gran oportunidad para mí y los miembros de mi equipo de tener acceso a las distintas entidades de competencia en todo el mundo. Y hemos logramos contactar a 120 instituciones. 90 de ellas han cooperado con nosotros – excelentes noticias para nosotros en términos del compromiso que muestran estas entidades hacia la transparencia. Y permítanme aprovechar esta oportunidad para expresar mi sincero agradecimiento a Indecopi, con quien ha sido maravilloso trabajar en equipo. Realmente respeto el profesionalismo y la transparencia de esta institución. Hemos obtenido información muy completa de parte de Indecopi, lo que siempre ha sido el caso con las agencias de algunos de los países vecinos en el continente. Pero estamos muy agradecidos a Indecopi por su total participación en el estudio.

También recogimos datos sobre los acuerdos comerciales de preferencias arancelarias. Aquí surgen otras preguntas interesantes: ¿de qué manera estos acuerdos ayudan a garantizar la competencia? ¿Establecen compromisos por parte de los países signatarios para aprobar normas de competencia? Y, ¿qué tipo de acuerdos internacionales de cooperación en materia de competencia ha firmado cada país?

¿Qué de nuevo tiene este estudio? La mayoría de mis colegas tienden a enfocarse principalmente en los países miembros de la OCDE, porque la información relacionada con estos es de más fácil acceso. Sin embargo, nosotros pensamos que es mucho más interesante incluir a también los países no pertenecientes a la OCDE, a fin de estudiar tanto a las economías pequeñas cuanto a las más grandes. Lo que sucede en el mundo no es sólo lo que ocurre en los Estados Unidos o en la Unión Europea. Es mucho más interesante observar cómo los 120 países estudiados aplican el derecho de competencia.

Nuestro segundo objetivo es que toda esta la información esté al alcance de ustedes y de todos aquellos que puedan beneficiarse de ella. Un ejemplo: antes del inicio de la reunión en Lima, tuvimos una charla en torno a la falta de control de las fusiones en el Perú. ¿Debería ser este un tema de la conferencia? Nuestros datos muestran cuál es la situación de este tópico en otros países. ¿Es el Perú en este sentido un caso atípico? ¿Poseen otras economías de similar tamaño algún control de fusiones? ¿Qué ocurre con los países vecinos? ¿Lo tienen ellos? ¿Es el Perú diferente en dicho sentido? Estamos en condiciones de hallar explicaciones a las distintas formas en que los diferentes países han diseñado sus legislaciones de competencia y si ellos pueden usar nuestros datos para plantearse preguntas que puedan interesar a sus autoridades entidades, a los aplicadores jurídicos o a los investigadores.

En este punto, me permito resaltar que este es un estudio en proceso. Aun requerimos completar el análisis, pero les mostraré algunos resultados parciales de nuestra investigación.

Como ya se indicó, decidimos estudiar los países que habían aprobado legislación en materia de competencia hacia el año 2010; a partir de ello, tomamos una muestra conformada por algunos de dichos países. Debo decir que aún no poseemos los resultados de los datos acerca de las facultades para hacer cumplir la ley. Estamos trabajando en ello. Pero sí disponemos de lo que hemos hallado en las leyes de competencia existentes en 2010. Si hacemos un corte en los datos de los 101 países y dividimos el análisis en temas como control de las fusiones, reglas sobre colusión, abuso de posición de dominio y medidas de remediación en las normas, se observa que hay países que no están en los datos. Ello porque o no poseen leyes en materia de libre competencia (como muchos países en África), o porque son países cuyo análisis aún no se ha terminado (como es el caso de Australia y por eso este país no es parte de esta exposición).

Hemos usado lo que llamamos ‘índices’ para efectuar nuestro análisis. Contamos con un grupo de estudiantes de Derecho bajo mi dirección, quienes leyeron todas las leyes de competencia, artículo por artículo en busca de los diferentes tipos de facultades que dichas normas otorgan a las respectivas entidades o agencias a cargo de esta materia. Una manera de concebir lo que hicimos es que hemos efectuado una “medición” de los alcances de las leyes, usando un índice para cada tipo de figura jurídica. De modo que, a mayores facultades otorgadas a las agencias, por ejemplo, en el control de las fusiones, mayor el índice resultante. Digamos que, si la ley manda efectuar una notificación al momento de efectuarse una fusión, se obtiene un punto que se agrega al índice. Si la regla es efectuar la notificación antes de llevar a cabo la fusión (en lugar de hacerlo con posterioridad a la fusión), el índice es mayor. En este caso, la agencia tendrá mayores facultades en materia de fusiones. Luego, analizamos las normas sustantivas: por ejemplo, si la agencia tiene la facultad de prohibir una fusión o de imponer condiciones para su aprobación gubernamental en caso de que la fusión pueda conducir a una posición de dominio o restringir la competencia. A mayor número de posibilidades de intervención otorgadas a la agencia, mayores serán sus facultades en materia de control de las fusiones.

También analizamos los medios de defensa existentes en la ley en favor de las empresas. Por ejemplo, cuando la empresa admite que la fusión puede efectivamente producir menor competencia, pero que por otra parte brinda mayor eficiencia al mercado. O si la fusión ayudará al interés público revitalizando un sector económico o una región del país, contribuyendo al desarrollo. También es el caso de la llamada falling firm o el decaimiento de la empresa, que ocurre cuando la fusión se aparta del mercado si este no permite que la fusión se lleve a cabo. Lo que hacemos entonces es “restar” estos medios de defensa disponibles para las empresas, de las facultades de las entidades gubernamentales para obtener el índice. Una manera de concebir este punto es que se está midiendo el riesgo que una empresa determinada enfrenta cuando interactúa con las autoridades en una fusión.

¿Cuál es el panorama que encontramos al observar las normas sobre fusiones y los índices de los que hablamos anteriormente en los distintos países? La distribución de los datos muestra cinco países con un alcance máximo en cuanto a las facultades legales de intervención en favor de la agencia gubernamental. Estos países obtienen un índice de 4. Por otro lado, tenemos otros países que, de hecho, muestran un índice negativo - es decir, que sus entidades poseen muy pocas facultades de intervención. De manera que las empresas deberían pensarlo mucho al proceder a una fusión con efectos en dicho mercado, pues el índice de estos países es bajo.

Algunos países con las normas más amplias y autoritativas en materia de fusiones son India, Indonesia, Taiwán, Hungría y Moldavia.

Hubo algunas sorpresas en el grupo: algunos probablemente piensen que Moldavia tal vez sea la gran incógnita en cuanto a hacer cumplir las estipulaciones legales sobre fusiones. Pero eso es que dice su ley. Al menos, estos países otorgan amplios poderes legales a sus entidades de competencia para intervenir en asuntos de fusiones.

Al buscar alguna correlación entre el índice de fusiones y las dimensiones del mercado medidas en términos de su PBI, notamos un resultado estadísticamente significativo: los índices de fusión se correlacionan de modo positivo con el PBI nacional. Se observa la tendencia a que los países más ricos poseen mayores facultades de intervención cuando se trata de fusiones. Pero no vemos ninguna relación estadísticamente significativa al considerar el tamaño del mercado en términos del número de consumidores o por el tamaño de su población.

Ahora, ¿cómo está el mundo en materia de colusión? Y, ¿cómo hemos estructurado nuestro índice de colusión? Hemos visto si las normas de los diferentes países establecen la intervención en casos de fijación de precios, reparto del mercado, restricción de resultados y fraude en licitaciones, y luego hemos sustraído los medios de defensa de las empresas (en caso de existir en cada sistema legal).

Es interesante fijarnos en cuáles son los países especialmente que otorgan a sus instituciones de competencia poderes más amplios para intervenir en casos de colusión en el mercado. Empero, también se puede notar el creciente número de países que reconocen la importancia de este tema en sus normas (lo cual es consistente con una mayor consciencia en todo el mundo de que las tendencias más importantes deben ser la prioridad de las agencias).

Es interesante notar que países que pudiéramos considerar muy sólidos en este punto (como los Estados Unidos) no aparecen con facultades amplias. En parte, esto se debe a la relativa escasez de facultades establecidas por ley en dicho país. Así, los Estados Unidos resultan casi una aberración. Pero lo que ocurre es que la mayor parte de sus reglas provienen del derecho común, dictado por las cortes. Y por eso, la siguiente etapa de nuestro proyecto consiste tabular las decisiones judiciales que otorgan facultades adicionales a las oficinas encargadas de este tema. Esto significará un cambio en el análisis respecto de algunos países tales como los Estados Unidos, donde las mencionadas facultades no provienen en realidad de textos legales sino más bien de la jurisprudencia.

En cuanto a la colusión, no vemos realmente datos estadísticamente significativos si nos fijamos en países con gran población o que son especialmente ricos. Parece que alrededor del mundo, los legisladores han determinado que los países requieren leyes muy potentes en materia de colusión.

El índice con mayor detalle es el de posición de dominio. Se obtiene indagando si de manera genérica la ley prohíbe la posición de dominio. Algunas de las leyes estudiadas ni siquiera dicen qué pueden o qué no pueden hacer las respectivas agencias. Asimismo, verificamos por separado si la ley faculta a la entidad de competencia a intervenir en los casos de que una empresa se niegue a efectuar un suministro, de amarres o concertación, de descuentos por fidelidad, o prácticas de precios que puedan ser discriminatorias de la competencia, precios injustos o excesivamente altos o predatorios. O si se prohíbe cláusulas de mantenimiento de precios de re-venta en los casos de posición de dominio. O también cualesquiera otras estipulaciones que establezcan que las empresas dominantes no pueden eliminar la competencia ni excluir a sus rivales, o si hay estipulaciones generales en la ley que prohíban cualquier conducta contraria a la libre competencia. Aquí también sustraemos los medios de defensa a disposición de las empresas.

No se puede hacer comparaciones entre el índice de posición dominante y el de fusión o el de cárteles, porque el índice de posición dominante es más detallado. Empero, si nos fijamos en la distribución dentro del índice de posición dominante en cada país, notamos variaciones en los distintos países en términos de cuántas facultades se otorga a las agencias de gobierno para encarar a las empresas dominantes.

Algunos de los países con normas muy estrictas y detalladas presentan una interesante mezcla de naciones: Indonesia y Eslovenia, con el máximo puntaje posible. Brasil, Armenia, Arabia Saudita, Japón y Mongolia son los países con las normas más amplias. También tenemos a Argentina, Paraguay e India, entre otros, en términos de lo que establecen sus leyes en cuanto a abuso de posición dominante. Aquí también se ve un resultado estadísticamente fuerte y significativo, al comparar el índice de posición de dominio con el PBI. La tendencia es haya un equilibrio entre los países o que los países más ricos en PBI tengan un índice de posición de dominio mayor. Por otro lado, tampoco aquí se aprecia nada significativo en términos demográficos.

Asimismo, revisando el tema de las medidas de remediación, surge la interesante cuestión de que hay países cuyas entidades de competencia no poseen facultades explícitas en el plano legal. Pero luego hay países en los que hay normas muy agresivas en términos de remediación: penas de cárcel, multas administrativas y otros. Y además existe otra manera de evitar que las empresas tengan comportamientos anti-competitivos. Tal vez las facultades de las agencias gubernamentales no sean tan amplias, pero si esta está en condiciones de fiscalizar, los responsables pueden terminar en prisión o encarar multas importantes.

Puede haber ventas forzadas que obliguen a las empresas o incluso las agencias pueden tener la facultad de dividir las empresas con posiciones de dominio. También puede haber indemnizaciones por daños en favor de entidades privadas facultadas a demandar. De esta manera medimos las leyes, en términos de la fuerza de sus reglas y de las medidas de remediación existentes.

Nuestra escala va del 0 al 5. En cuanto a la potencia de las medidas de remediación, notamos que hay países en Europa, como el Reino Unido, Francia, Noruega y algunos del Este de Europa que son muy fuertes, principalmente porque sus normas establecen medias de carácter penal que otros no hacen. Rusia, Canadá y México son también bastante fuertes en este aspecto; Brasil, Argentina en Sudamérica asimismo poseen medidas muy fuertes en sus leyes respectivas.

Aquí nuevamente se aprecia una fuerte relación estadísticamente significativa. Quiero recordarles que estos son resultados preliminares y que aun necesitamos trabajar en el análisis, pero nuestro primer corte (preliminar) indica una relación estadísticamente significativa entre los países con un alto PBI y la inclusión de normas amplias en materia de posición de dominio. Y este es el único campo en el que se aprecia esta relación significativa también cuando se mide el índice de remediación considerando la población o el tamaño del mercado (en número de consumidores).

Finalmente, el último índice que hemos elaborado: el índice general. He aquí cómo lo elaboramos: lo que hicimos fue básicamente combinar los índices de fusión, de colusión, de posición de dominio, de medidas de remediación y añadimos otras normas que hallamos en las leyes de competencia, tales como los acuerdos verticales. También incluimos en el índice general el hecho de si la ley permite a los privados demandar y si admite la extraterritorialidad (la posibilidad de que la agencia gubernamental pueda perseguir a extranjeros en la medida en que sus mercados locales se vean afectados).

Se aprecia interesantes diferencias entre los distintos países cuando nos fijamos en el índice general. En nuestra escala, los países más fuertes tienen un índice de 20 o más; luego tenemos los países con índices entre 10 y 19 y, finalmente, países como China, con un índice muy bajo, entre 0 y 9.

Nuevamente permítanme recordarles que este no es un ránking ni una competencia como el Global Competition Review (que califica las agencias a nivel mundial). No se trata de un juego para ver quién tiene mayores facultades. La idea es que estas puedan ser usadas de manera efectiva. Por eso es que elaboramos una sección distinta en la investigación para estudiar la parte presupuestal y si los países están en la capacidad real de hacer uso de las facultades otorgadas por la ley. Pero si solamente observamos los elementos de los que hemos tratado aquí, puede verse índices muy altos en países como Argentina y México, que otorgan a sus agencias poderes amplios, y otros países con puntajes muy bajos: Guatemala, Nicaragua, entre otros.

Finalmente, en una segunda etapa haremos una comparación de todo esto con los resultados de la indagación acerca de la capacidad de hacer cumplir las normas, en el sentido de si las agencias poseen facultades para ir tras las empresas. Igualmente, si los legisladores otorgan o no los presupuestos necesarios para hacer uso de las facultades concedidas y si se cuenta con el equipo de personas suficiente como para aprovechar dichas facultades.

En cuanto al índice general, nuevamente vemos una elación estadísticamente significativa con el PBI, pero no vemos nada importante en cuanto a la demografía. Pero probablemente aquí encontremos una conclusión: el índice general, así como los demás índices parecen estar mostrar una fuerte correlación con el PBI.

Estos son los resultados que me permito compartir con ustedes. El proyecto continuará el próximo año, cuando podamos incorporar los datos acerca de la capacidad de hacer cumplir las normas y las otras partes completan nuestro análisis en todos los países que aún no han sido incluidos. Pero espero que esto les dé un primer vistazo de los alcances de nuestro trabajo. No sólo es un asunto referido a este país, no sólo para Latinoamérica, sino para el mundo entero y de cómo apreciamos similitudes importantes y algunas diferencias y de cómo las opciones asumidas por los legisladores tienen consecuencias.

Estaremos asimismo en condiciones de analizar los cambios ocurridos a lo largo del tiempo, de modo que si miramos el momento en el que se adoptó la ley de competencia en el Perú, cómo su índice de posición de dominio cambia y cómo también cambia su índice de colusión, etc. Esto es algo que anhelo compartir con ustedes en el futuro, pero por ahora agradezco la oportunidad de compartir con ustedes los primeros resultados de este estudio.

Muchas gracias.

PREGUNTAS DEL PÚBLICO

Pregunta: ¿Cuáles son los pasos siguientes en su estudio, ¿qué viene a continuación?

Respuesta: Bueno, además de completar el análisis, nos encontramos en la emocionante etapa de verificar las regresiones. Hemos empezado a ver otras relaciones, no solo considerando el PBI y la población, sino también la historia de la existencia de las agencias, en que la experiencia genera diferentes tipos de normas y de prácticas de aplicación de las mismas. Luego efectuaremos la publicación del trabajo: publicaremos una serie de artículos académicos con nuestros resultados y espero que podamos recibir una interesante y abundante retroalimentación, así como oportunidades para compartir los resultados y presentarlos a distintas audiencias. Y en ese momento espero recibir preguntas adicionales y consultas específicas de las distintas agencias que digan, por ejemplo: “¿y por qué no publicaron nada acerca de este tema, sobre el cual probablemente sus datos nos ayuden a tener una mejor comprensión?” O “¿cómo debemos explicar el concepto prevaleciente en cada país acerca de los cárteles?” “¿Es que nosotros tenemos menos presupuestos que los demás países con similar PBI?” “¿Acaso tienen ellos más personal trabajando en sus agencias?” “¿En qué se diferencian nuestras respectivas agencias?” Lo cual podría ser un argumento a tener en cuenta a la hora de reunirse con sus congresistas y conversar con ellos acerca de las facultades que poseen sus agencias, sus recursos y las metas que están en condiciones de lograr. Esa es la etapa siguiente en la que desde ya anhelo trabajar.

P: ¿Qué opina usted acerca de si se debe tener controles de las fusiones?

R: Perú es bastante diferente en comparación con los otros países en el sentido de que no posee un control de las fusiones. Y debo decir que me sorprendió enterarme de ello. En 2010, cuando terminamos nuestro estudio, esperaba que, con seguridad para 2015 la situación hubiera cambiado. Desde el punto de vista de la actualidad, puedo decirles que tengo el índice para Perú, pues por supuesto, siguen lo que en otros países se ha concluido acerca de este asunto: que es muy importante para las agencias poseer esta facultad. En términos de control de las fusiones, no veo grandes diferencias en los distintos países en cuanto a que sólo en unos cuantos de ellos no sienten la necesidad de contar con esta facultad. Probablemente las diferencias sean más notorias en cuanto a los acuerdos verticales que generan posiciones de dominio. Y aquí la pregunta para cada país sería: ¿cuán agresivas son las autoridades a la hora de encarar este problema?

Sin embargo, parece haber consenso, en relación con otras facultades, en la importancia de enfrentar a los cárteles. Y entonces llegamos al tema de las fusiones, particularmente, el de enfrentar las fusiones horizontales, que es cuando los competidores se fusionan. Honestamente, no tengo ningún buen contraejemplo de por qué los estados no deberían invertir a sus agencias con esta facultad. Hay que tener en cuenta que las fusiones son de un carácter muy internacional. Y entonces dicha facultad debería incluir la capacidad de encarar las fusiones efectuadas en ultramar (que es un caso de extraterritorialidad), por ejemplo, si una empresa estadounidense adquiere una empresa peruana, Creo que esa es una herramienta fundamental del paquete de facultades de cualquier agencia encargada de cautelar la competencia.

Me parece complicado pensar que las agencias simplemente se sienten a esperar que surja el problema cuando los mercados son demasiado concentrados, y después intentar enfrentar a estas empresas empleando las reglas sobre posición de dominio, en un mercado de por sí muy concentrado. Resulta mucho más sencillo tener la capacidad de actuar preventivamente a fin de impedir una fusión o aplicar medidas en función de comportamientos o falencias estructurales antes de que la fusión se lleve a cabo. Es muy difícil deshacer una fusión una vez efectuada. Así que encuentro muy pocos argumentos para sostener que las agencias no tengan la atribución de controlar las fusiones. Dicho esto, creo que nuestros datos muestran que hay muchos países que se encuentran atiborrados de notificaciones de fusiones, ya que los requisitos para dichas notificaciones son muy reducidos. No creo que esa situación sea necesariamente señal de una buena política de libre competencia. De modo que, en cuanto a los umbrales de requisitos, me parece que podemos delinear los alcances y el tipo de fusiones en las que las agencias ponen la mira. Esa es una decisión importante: que dichos requisitos tengan sentido y que realmente estén conectados con los activos o la participación en el mercado de las empresas. Y no sólo se trata de que, por ejemplo, Indecopi quiera destinar recursos para escudriñar cada una de las fusiones, sin importar dónde se ejecuten. De manera que, en la medida que tengamos un sistema de control de fusiones inteligente, que otorgue a las agencias las facultades para investigar las fusiones más relevantes en términos de cómo pueden afectar la competencia en cada mercado en particular, tendremos agencias que realmente sirvan los intereses de los consumidores.

P: ¿Podría usted mostrarnos algunos resultados preliminares de su investigación acerca de las atribuciones de aplicación de las normas?

R: Me gustaría poder hacerlo. Creo que seré cautelosa ya que estamos en la etapa final de tabular los datos y pienso que para fines de este año deberé tener algunos resultados. De modo que cualquier cosa que les pueda mostrar en este momento sería sólo como para impresionar. Lo que sí puedo decirles es que cuando observamos los mapas que compartí con ustedes y que muestran las facultades de aplicación de la ley, se ve que los recursos reales para dicha tarea no siempre están en sintonía con la ley. Se puede apreciar una significativa diferencia respecto de ciertos países (en especial los pequeños países en desarrollo), que han adoptado leyes muy comprensivas, principalmente para impresionar a sus socios comerciales con la finalidad de asegurarse la celebración de tratados comerciales con contrapartes como la Unión Europea, la que puede solicitar al país en cuestión que tenga una ley de competencia vigente. Pero al comprobar que el país no tiene un genuino compromiso con la cultura de la competencia se puede observar que no tiene el presupuesto adecuado para emplear efectivamente las facultades otorgadas. Tampoco suelen tener el personal preparado para investigar complicados asuntos en materia de competencia. Entonces, vemos que resulta cuestionable que haya países, con leyes tan ambiciosas mientras que, por otro lado, no poseen internamente un verdadero compromiso para ello. En muchos casos, hay un factor externo que les impone el tener una ley de libre competencia. En dichos casos, no hay un compromiso del propio país para tener un mercado abierto a la libre competencia, sino que son los socios comerciales quienes han impuesto esta condición. En algunos casos son los prestamistas (el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional).

Este es uno de los aspectos que muestran los datos: Indonesia se muestra como un país con una ley muy amplia, porque el FMI le proporcionó un préstamo y le presionó a adoptar una ley de libre competencia, muy a pesar de su escaso compromiso. De manera que lo que se aprecia es que si la ley de competencia es resultado de un verdadero compromiso del país para ampliar la libre competencia y hacer que su mercado sea justo, se observa un emparejamiento más estrecho entre lo que dice la ley y la modalidad de su aplicación. Pero, por otro lado, me temo que aún no tengo los datos necesarios como para comentarles acerca de nuestros hallazgos. Sin embargo, estaré feliz, una vez que los tengamos, de asegurarme de que sean enviados a Indecopi y a otras entidades relevantes para que puedan ustedes ver lo que hemos hallado.

P: Anu: ¿ha considerado usted las distintas fuentes jurídicas de la normativa como un posible factor de distorsión de los resultados obtenidos por ustedes?

R: Esa es otra excelente pregunta. En especial cuando se observa países como los Estados Unidos y el Reino Unido con muy bajos puntajes en términos del índice. Y en muchos países (en especial los países del common law) se da el caso de que las normas producidas a partir de precedentes judiciales pueden ser una importante fuente del derecho a la hora de otorgar facultades adicionales a las agencias – que es algo que hemos planteado en esta sección del proyecto, en la que asimismo estamos tabulando la jurisprudencia. Esta es una tarea particularmente complicada, pues con mi equipo podemos revisar las leyes [del congreso o parlamento], pero es más difícil establecer el papel de los tribunales.

Por ello hemos iniciado esta etapa del estudio mediante un cuestionario dirigido a diversos expertos en todo el mundo, con preguntas acerca de la importancia de los tribunales en el otorgamiento de facultades adicionales [a las agencias] que crean nuevas fuentes jurídicas en las que las agencias pueden apoyarse. Luego evaluamos nuestros resultados respecto de los países en los que los tribunales pueden ser especialmente poderosos para expandir estas facultades. Así en mi opinión es una muy buena observación el decir que las fuentes jurídicas sí importan y obviamente entiendo que la pregunta apunta a la dicotomía derecho común/derecho civil. Sin embargo, el problema de las fuentes del derecho puede estar relacionado con las otras características de la economía de una sociedad. Hay diversas fuerzas que intervienen en la explicación de esta variación en los resultados. Y, efectivamente, nosotros sí hemos usado controles estadísticos para intentar controlar todas esas otras variaciones. No se puede analizar directamente a través de los países y es por ello que confiamos en lo que se denomina análisis de series temporales. Con este análisis observamos qué sucede en un país específico a lo largo del tiempo. Nos fijamos en la totalidad de las peculiaridades constantes de, digamos, la economía peruana (o de la sociedad peruana) y luego vemos si se producen cambios en la normatividad peruana en materia de libre competencia.

Aún no hemos validado estos datos y no los estamos difundiendo, pero esta es una muestra de cómo hemos venido lidiando con este problema de las diversas peculiaridades, es decir, observar lo que ocurre a lo largo de un tiempo dado en un país específico.

P: ¿Cómo podría emplearse los programas de reducción de sanciones en su análisis?

R: Si pues: se trata del llamado “perdón”. Bueno, entonces: ¿cómo se puede emplear los programas de reducción de sanciones en nuestro análisis? Bueno. Lo que hemos hecho es tabular o codificar la información de los cuestionarios que enviamos a todas las agencias acerca de la aplicación de las normas, de modo que se codifica con SI o con NO para cada año. Si el país cuenta con una política de reducción de sanciones, este será apto para el análisis. Es por ello que la hemos considerado como una herramienta muy importante en la lucha contra los cárteles. Así que cuando hemos medido las facultades anti-cárteles podemos movernos a esta parte del análisis también e incluirlo en el índice de colusión. Pero es parte de los datos que recolectamos provenientes de las agencias, en parte porque no ha estado siempre en las leyes, sino que a veces ha estado en los reglamentos. Pero ahora hemos recogido esos datos y podemos incorporarlos en el análisis, y ciertamente serán parte del análisis de la aplicación de la ley [enforcement].

Así, hemos recogido los datos sobre reducción de sanciones y considero que es una herramienta muy importante en la aplicación de las normas anti-cárteles y realmente podría ser interesante observar los datos a ver si hallamos países con diferentes tipos de aplicación de la ley y que han adoptado la reducción de sanciones en oposición a países que no la han adoptado y si vemos diferencias al interior de cada país, antes y después de adoptar la reducción de sanciones. Creo que se trata de una cuestión muy importante y es un aspecto que estaremos en condiciones de apreciar a través de nuestros datos.

Muchas gracias.



TEMA II

LA EXPERIENCIA
DE MÉXICO
EN ABOGACIAS
DE LA COMPETENCIA

MÉXICO



BENJAMIN CONTRERAS ASTIAZARÁN Comisionado de la Comisión Federal de Competencia Económica

Licenciado en economía por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, realizó su maestría y doctorado en economía en la Universidad de Texas A&M. Reconocido conferencista de foros internacionales sobre su especialidad, es profesor en materias de economía, política económica y regulación en el Instituto Tecnológico Autónomo de México y en la Universidad Iberoamericana. En 2011 fue nombrado Director General de Estudios Económicos de la Comisión Federal de Competencia (Cofece), hasta el 2013 en que es designado Comisionado, ha sido Subsecretario de Electricidad en la Secretaría de Energía de México del 2007 al 2011.

Día de la Competencia

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Lima, Perú

1 de septiembre de 2015



Benjamín Contreras Astiazarán
Comisionado de la Comisión Federal de Competencia Económica
México

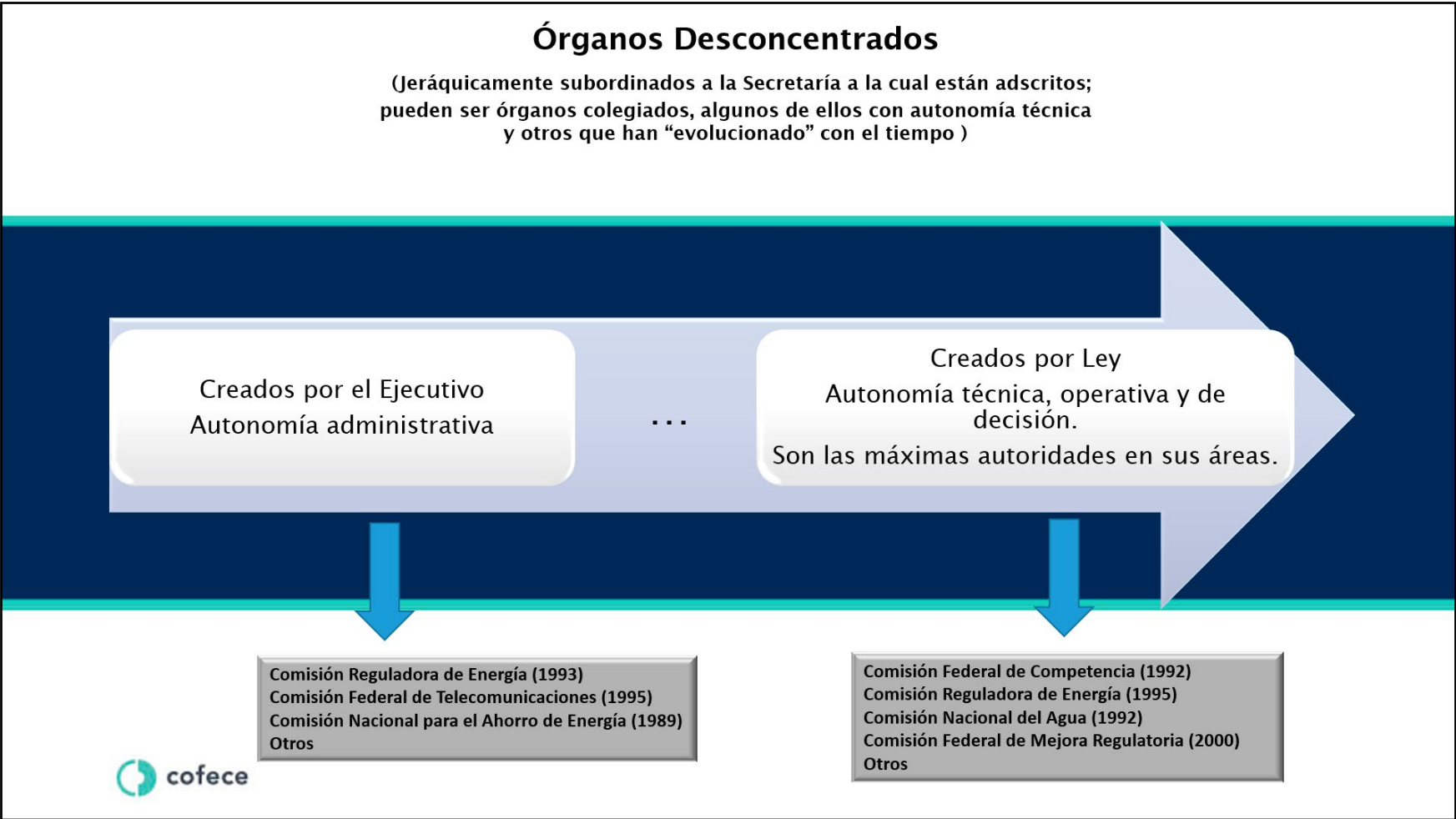
Primero que nada, un saludo, una felicitación y agradecimiento, el saludo lo traigo de nuestra Comisión a la institución hermana que es Indecopi, la autoridad de competencia de la República de Perú; la felicitación pues es un día de fiesta, es el “Día Nacional de la Competencia” y nuestro agradecimiento por invitarnos a compartir con ustedes algo de nuestra experiencia.

Voy a tratar de hacer mi mayor énfasis en temas de abogacía de la competencia.

Mi presentación sigue de manera secuencial cómo nuestra autoridad de competencia en México, evolucionó junto a algunas de sus atribuciones y cómo estos temas de abogacía a lo largo del tiempo se van convirtiendo en legislación y normatividad, y también, en políticas públicas.

Luego de eso voy a hablar del cambio estructural que acabamos de sufrir recientemente.

En 2013 tuvimos un cambio muy importante, el constitucional, y el legislativo en el 2014; y estamos pasando por una nueva etapa de nuestra autoridad de competencia y quiero comentarles de los temas de abogacía en este contexto también, finalmente voy a hablar un poco del tema de contrataciones del gobierno, del papel de la abogacía y la forma en que nuestra autoridad de competencia ha participado en ese tema y esas experiencias de manera genérica.



En esta gráfica intenté poner en nuestro marco normativo cómo se fueron creando nuestros órganos reguladores y aunque propiamente en su origen la Comisión Federal de Competencia en México no era un órgano regulador, pero coloquialmente se le conoció como el regulador de la competencia. Nuestros órganos desconcentrados están de acuerdo a nuestra ley orgánica, que es una ley relativamente vieja de 1982, están en la parte del Ejecutivo Federal (presidente de la República), y el Ejecutivo puede crearlos mediante decretos, así se crean varios órganos, tienen una determinada autonomía administrativa y los titulares son también nombrados por el Ejecutivo (extremo izquierdo de la lámina 2).

Autoridad de Competencia en México

Las reformas constitucionales en México en materia de telecomunicaciones y competencia económica de junio de 2013 son resultado de un acuerdo político que va aunado a un diagnóstico del marco regulatorio y de la historia, tanto de su aplicación, como de su revisión judicial.

Ello llevó a realizar cambios, definiendo directrices, refundando a sus autoridades, y dándoles nuevas atribuciones, o fortaleciendo alguna de las que ya tenían.

cofece

Sin embargo, nuestra autoridad de competencia por una ley de 1992 -aunque en nuestra Constitución aparecía el combate y la prohibición de los monopolios desde 1917 hasta 1992- se expide la ley y se crea la Comisión Federal de Competencia, como un órgano responsable de vigilar los mercados para garantizar un entorno favorable de la competencia, sus atribuciones se establecieron por ley (extremo derecho de la lámina). Normalmente nuestros órganos reguladores tenían un Director General, pero esta vez se creó con cinco miembros encargados de resolver de forma colegiada, y cada uno de ellos nombrado por tiempos definidos sin que puedan ser removidos, salvo por causa grave. Esto les digo, era un tipo de órgano inusitado, y en aquel momento finales de 1992, todos los órganos reguladores que se fueron creando querían ser así, querían llegar a este nivel digamos de independencia y autonomía.

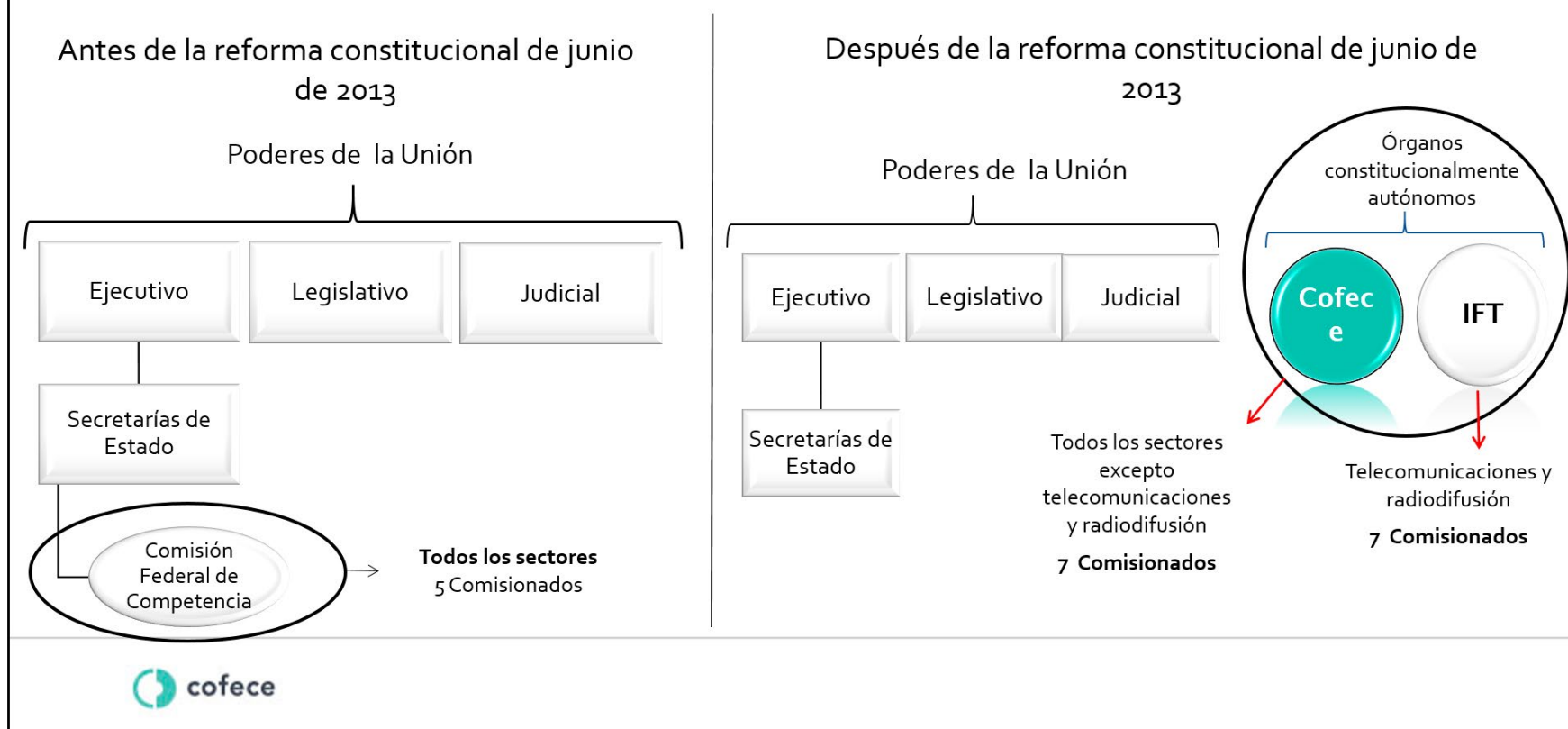
Poco después en 1993 vino la Comisión Reguladora de Energía (CRE), creada por decreto presidencial y únicamente con facultades consultivas y evolucionó en 1995 a ser un órgano creado por ley con mayores facultades y con autonomía, y con la reciente reforma energética 2013-2014 tuvo otra evolución para pasar a ser dependencia a Órgano Regulador Coordinado en Materia Energética.

Relacionando cómo funcionan las cortes y estos órganos, en nuestro sistema legal están jerárquicamente subordinados al Secretario de estado, al ministerio, a un Ministro; sin embargo esta ley la hacía independiente del Secretario legalmente aunque era parte de la Secretaría (en el caso de la CRE el de Energía), es decir que esto es algo que quedó establecido por muchos años, pero se dieron litigios cuestionando que el Ejecutivo Federal a través de un reglamento (en materia de telecomunicaciones) intentó mermar esa autonomía, y de hecho, no fue hasta hace pocos años que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió sobre la autonomía de estos órganos que aunque jerárquicamente subordinados, el Secretario (o el Presidente de la República) no podía revocar alguna decisión de este tipo de órgano (cuando tiene sus atribuciones y autonomía en ley). Aunque estaba en ley, esta autonomía tomó más de 20 años para que llegara el asunto a la Corte para resolverse en definitiva. Sin embargo, es muy importante ponerlo como ámbito de referencia en el momento que fue creado.

Otra característica que teníamos en ese momento es que México estaba pasando de un esquema en que todos los precios eran regulados, y al expedirse la ley de competencia se abroga una ley, que parafraseando su nombre, se llamaba “Ley en materia de atribuciones del Ejecutivo en materia económica”, era una ley que permitía al Presidente de la República regular todo, entonces teníamos los precios regulados y en periodos inflacionarios, eso trajo muchos problemas de escasez; también era un contexto que México ingresó al GATT y empezó a negociar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte con Estados Unidos y Canadá.

Entonces México estaba en un proceso de reestructuración. Se liberaron precios, y la idea de liberarlos era que el mercado los determinara, y el órgano de competencia entraba en el mercado (muchos mercados recién liberados), los precios se van a determinar en el mercado y hay una autoridad que va a ver que este proceso de competencia no sea dañado por los agentes.

Autoridad de Competencia en México



Entonces tenemos este cambio constitucional en el 2013 y nuestro órgano de competencia tuvo un cambio muy profundo y sorpresivo pues teníamos un Congreso dividido desde 1997 en terceras partes, aproximadamente, por lo que era difícil lograr consensos -pero para este cambio constitucional la sorpresa fue que se logró la mayoría calificada y que la mayoría de los Congresos locales la aprobara y hubo otros cambios también- pero éste fue muy importante. Parece que hubo claridad y mayorías necesarias acerca de las cosas que no habían funcionado.

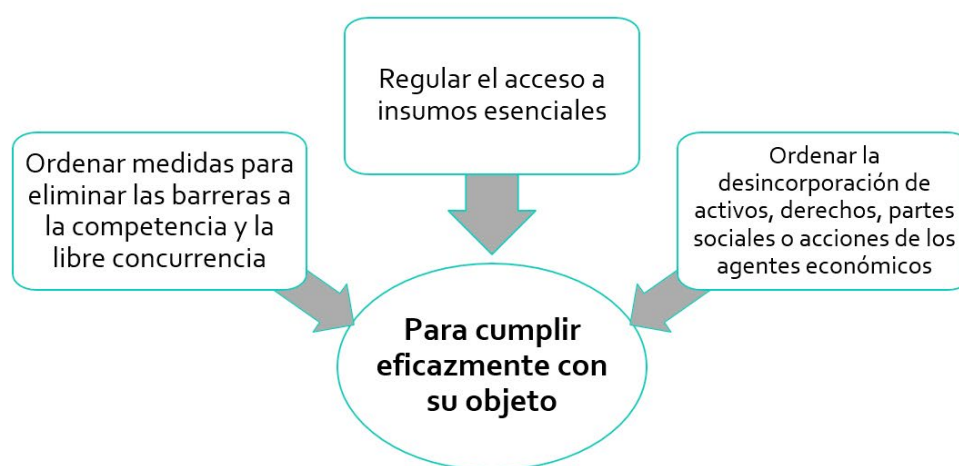
Ese diagnóstico no necesariamente fue del gusto de la mayoría trabajábamos en la función de competencia en uno u otro frente, y ese diagnóstico nos dolía a los que estábamos ahí pero sí era claro que cosas importantes no habían funcionado. Parte del problema fue que los juicios tardaron demasiado (y había trucos para que eso fuera así), de hecho, los casos más importantes podían durar más de cinco, seis, ocho años o más en resolverse en los tribunales, y esta tardanza beneficiaba a los que presuntamente violaban la ley. Junto con los cambios antes descritos hubo también reformas de los procesos judiciales para hacer los juicios más rápidos, y que no se detuvieran los procesos judiciales mediante amparos, estableciéndose el criterio de resolver los agravios hasta que se dieran las resoluciones.

Asimismo, hubo un proceso, que es casi único en el mundo, de cómo seleccionaron a los comisionados, se creó un comité especial que les pone un examen a los candidatos elegibles y de ahí se entregaba una lista al Ejecutivo, y posteriormente el Ejecutivo escogía a uno, y los manda a ratificación del Senado de la República mediante voto de mayoría calificada. O sea, es un proceso totalmente diferente a como se eligen o ratifican otros reguladores dentro de México, o en el mundo.

Entonces teníamos a una comisión de competencia que era parte del ejecutivo, pero tenía una gran autonomía técnica por ley, y básicamente esta se respetaba. A partir de esta reforma del 2013 se crea la autoridad de competencia, se separa del ejecutivo como un órgano autónomo constitucional, tiene la naturaleza igual que nuestro banco central que desde 1995 se creó como un ente autónomo separado del legislativo, del ejecutivo y del judicial, obviamente regido por leyes y decretos; y también a nuestro Instituto Federal de Telecomunicaciones que era el regulador de nuestras telecomunicaciones se le dio esta naturaleza y también la manera de seleccionar a sus comisionados y este instituto es ahora autoridad de competencia en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, que ahora nosotros (Cofece) no vemos esas materias a raíz de este cambio constitucional.

Comisión Federal de Competencia Económica

Tiene por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia y prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.



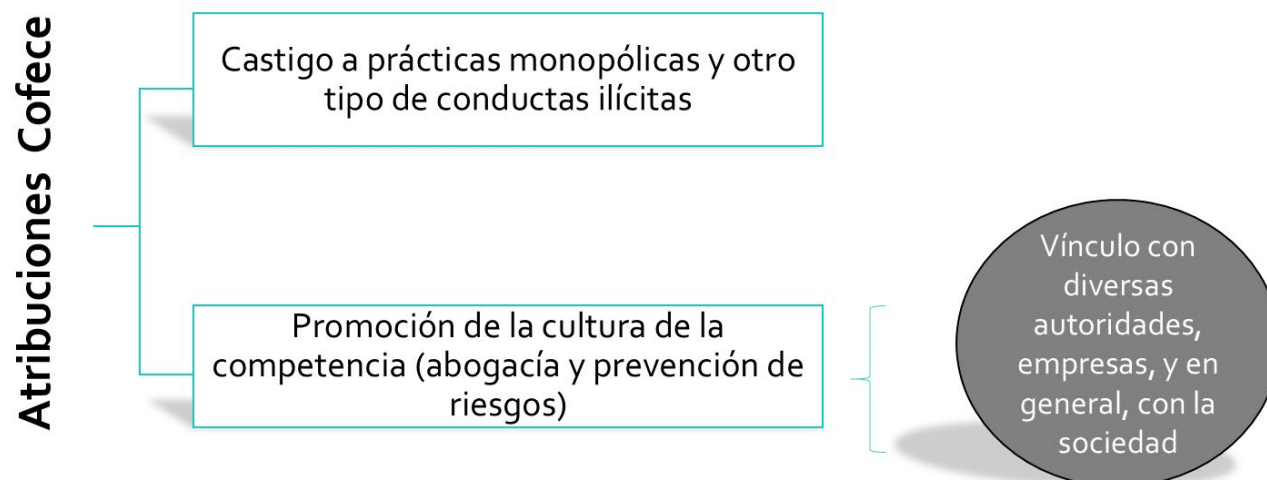
Una cuestión muy importante, que tiene que ver con estas cosas y el diagnóstico que comento fue lo que nosotros le llamamos así coloquialmente “facultades incrementales”, se establecieron primero en la Constitución y luego en nuestra ley del 2014 en la que materializó legalmente lo que podíamos hacer con relación a dichas facultades, entonces tenemos la facultad de regular el acceso a insumos esenciales, ordenar la desincorporación de activos y ordenar medidas para eliminar barreras a la competencia.

Se puede decir que el diagnóstico detectó un problema que tuvimos con la ley de 1992, que adquirimos control de las concentraciones, pero no se podía hacer algo hacia sectores ya concentrados en el pasado, y ahora por primera vez tenemos un instrumento corrector y vamos a ver cómo funciona; todavía no ha habido resoluciones, pero tenemos este instrumento correctivo que muy pocas autoridades de competencia tienen. Entonces tenemos en la misma medida ciertas facultades correctivas.

Sin embargo, en el proceso legislativo éstas causaron inconformidad de algunos que estaban interesados a que se legislaran de otra manera, pero vamos a ver cómo nos resulta en unos años.

Comisión Federal de Competencia Económica

La Ley Federal de Competencia Económica le otorga atribuciones en dos grandes vertientes:



Aquí están señaladas las facultades o atribuciones que la Cofece tiene en ley, incluye las que son mecanismos correctivos al aplicar la ley y las facultades de promoción de la competencia, lo que comúnmente se llama abogacía y obviamente aquí tenemos un vínculo con las autoridades, con los empresarios y en general con la sociedad, el público en general. Voy a hablar de cómo abordamos estas cosas, de hecho, desde 1992 se puede decir que la mitad de atribuciones de la Comisión Federal de Competencia eran de abogacía y la otra mitad eran de aplicación de la ley, de aplicar sanciones y corregir.

Promoción a la competencia

Desde la Ley de 1992 casi la mitad de las atribuciones comprendían la promoción de la competencia.

A esta fecha, más de 40 leyes y reglamentos del orden federal establecen atribuciones sustantivas, o bien, invocan la posibilidad de que la Cofece opine o tenga algún tipo de intervención en los asuntos de su competencia.



Desde que este órgano nace en 1992, el entonces Presidente de la República lo involucró en distintos órganos de creación de políticas públicas en México, generalmente se la llama el gabinete económico - cada presidente lo denomina de forma diferente --, pero básicamente tienden a tomar decisiones importantes en política económica. En aquel momento en dicho gabinete se tomaban las decisiones más importantes, y el primer Presidente de la Comisión Federal de Competencia fue invitado a algunas sesiones para que discutiera políticas públicas, y poco después en el cambio de administración en 1995 se invitó formalmente a un representante de la Comisión Federal de Competencia y de manera sistemática a una comisión intersecretarial en la que se discutirían las propuestas de reformas en el marco legal que el Ejecutivo propondría al Congreso en diversos sectores en los que a la par se realizarían diversas desincorporaciones de empresas y de activos del Estado (ferrocarriles, puertos, aeropuertos, etc).

En muchas privatizaciones que se hicieron en el periodo que terminó en 1994 (de diciembre 1988 a diciembre de 1994) no hubo la oportunidad ni mecanismos para que de forma sistemática alguien promotor de la competencia opinara en la toma de decisiones durante los procesos de privatización. Ya en 1995 noten que esta Comisión Federal de Competencia – dentro de una comisión intersecretarial que se dedicaba a las desincorporaciones de empresas del Estado- -aunque no tenía la facultad de obligar al Ejecutivo ni a sus representantes de distintas Secretarías (o Ministerios) a hacer las cosas, al menos estaba para poder decirles su opinión, lo más deseable en materia de competencia, y que podían estar equivocados y por qué. Este tipo de foros y cuestiones son importantes que se den, desde atribuciones formales, de formar parte de instituciones así o a veces de poder ir tomarse un café con funcionarios públicos o legisladores y platicar de temas de competencia, pues la abogacía comprende muchas de estas cuestiones.



Hoy normalmente como tenemos nuestras facultades formales de abogacía dictadas en ley, podemos emitir opiniones de todo tipo e incidir en regulaciones y políticas públicas, actualmente tenemos también a raíz de cambios en el esquema democrático de poder que el legislativo se ha vuelto muy activo en México desde 1997. Ahí también la comisión tiene que intervenir con facultades de abogacía porque el poder legislativo es totalmente autónomo y solo convenciendo se puede incidir.

Estas facultades de opinión sobre anteproyectos de regulaciones les voy a comentar cómo evolucionaron. Empezaron a través de este convenio con este órgano de mejora regulatoria de nuestro gobierno federal, Comisión Federal de Mejora Regulatoria (Cofemer) y posteriormente apareció la ley en materia de competencia y dijeron ¿para qué estar sujetos a este convenio? Luego apareció en la ley que se podían dar estas opiniones, en algún momento llegamos a tener una facultad que era vinculante para el Ejecutivo Federal, cuestión poco común a nivel global, aunque nada más se usó una vez. Con el cambio constitucional y legal, la facultad vinculante desapareció.

Asimismo, tenemos atribuciones de opinar sobre bases de licitaciones en privatizaciones y procesos de concesiones gubernamentales y otros documentos relacionados con dichas licitaciones, únicamente que, debido a la separación Constitucional de nuestro órgano, algunas temas que antes era obligatorio realizar a las dependencias y entidades del Ejecutivo Federal vía reglamentos del mismo Ejecutivo los perdimos, y únicamente se mantienen los casos en que la consulta está establecida mediante una ley que los obligue. Este tipo de opiniones iniciaron en foros en que la antigua Comisión era invitada, y evolucionaron para aparecer en leyes y reglamentos.

Promoción a la competencia

Convenios de coordinación (ejemplos)

COFEMER	IMSS	CCE
Participación en la revisión de anteproyectos de normativa elaborados por la APF.	Establecer mecanismos para garantizar un mejor diseño, desarrollo y ejecución de los procedimientos de contratación.	Acciones conjuntas para la adopción en empresas de principios de competencia.
Septiembre de 2013	Julio 2014	Agosto 2015



También tenemos una serie de convenios de coordinación, por ejemplo, con la Cofemer que es un órgano desconcentrado que revisa regulaciones del gobierno federal, del Ejecutivo Federal. Este convenio, que originalmente viene del 2005 y ha evolucionado, lo ratificamos en 2013, es un mecanismo que ha sido útil para enterarnos de qué regulaciones está por emitirse. Esto porque los anteproyectos de regulaciones del Ejecutivo Federal son públicos por mandato de ley; y entonces podemos opinar aprovechando el proceso de dictaminación que lleva a cabo la Cofemer.

Tenemos también un convenio con el Instituto Mexicano de Seguro Social (IMSS). Ahí tenemos una investigación muy importante que les voy a explicar en su momento y que acabamos de ganar en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se trata de un caso de colusión en ventas de medicamentos.

A raíz de ese caso de que trabajamos la Comisión de Competencia actuó en colaboración con el IMSS, se encontró culpable a un grupo de laboratorios y se les multó. Posteriormente, con la OCDE el IMSS y con lo que en México se le llama la Secretaría de la Función Pública se negoció un programa de capacitaciones y la elaboración de protocolos para evitar y disminuir riesgo de colusión en compras públicas, para dar una serie de capacitaciones a servidores de la administración pública los que se dedican a comprar, para compartir la forma en la que se pueden detectar carteles, diseñar mejor las licitaciones y otra serie de cuestiones. Con el IMSS se continuó profundizando la materia de colaboración con la Cofece.

Uno de los convenios más recientes que se firmó hace unos días fue con nuestro Consejo Coordinador Empresarial, que es un “organismo cúpula” de muchas confederaciones y cámaras de comercio y de banqueros, y que reúne a las principales organizaciones y empresas del sector privado. Este Consejo estableció una herramienta en línea para concientizar a los distintos agremiados de los temas de competencia, de cómo a veces sin querer pueden estar violando la ley. Tienen “en línea” una capacitación para que las personas puedan estar conscientes de la ley, trae un curso “en línea” con un cuestionario del curso, y luego se aplica un examen. Creemos que este tipo de esfuerzos es muy útil para concientizar empresarios, pues a veces la población ni siquiera está consciente de que hay una ley de competencia y que la pueden estar violando y haciendo daño al mercado.

Contrataciones de Gobierno

Los grupos de interés que buscan generar sobrepuestos permanentemente presionan para influenciar la regulación en materia de contrataciones, entre otras cuestiones.

Generar el sobrepuesto requiere alejarse de los principios de competencia.



El tema de contrataciones del gobierno, este tema abarca adquisiciones y obras públicas, así que me refiero a eso como contrataciones. Como lo mencionaba, a raíz de este caso de nuestro IMSS, de alguna manera la comisión se empezó a meter al tema de contrataciones del gobierno de una manera permanente -porque se requiere una agenda permanente en esto porque los funcionarios de compras rotan todo el tiempo- en México, en los gobiernos municipales cambian cada tres años, nuestros gobiernos federales cambian cada seis y a veces también hay ministros cada dos años, y a veces, menos de eso. Esta rotación genera cambios hacia abajo, y la gente está cambiando todo el tiempo y es necesario que en el caso de compras los funcionarios estén conscientes de qué es lo que sucede, los incentivos, las señales y los indicios y de cómo la gente a la que ellos les compran o a la gente que contratan para hacer obras se puede coludir para cobrar más caro de lo necesario.

Colusión en compras públicas

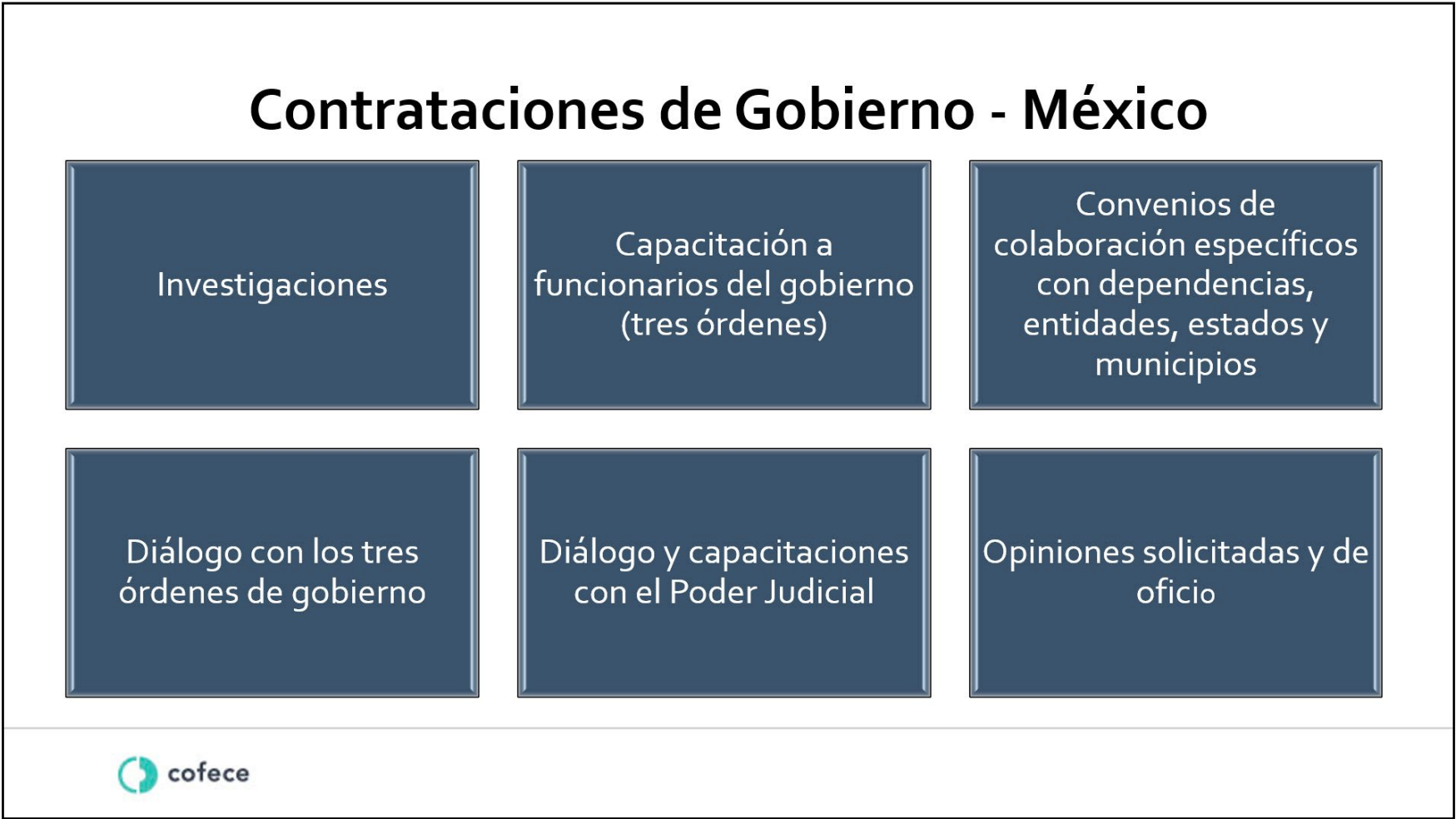


Contrataciones de Gobierno

Por lo anterior, las contrataciones gubernamentales es uno de los temas en los que es importante construir una agenda permanente de promoción de la competencia.

Por otra parte, tenemos grupos de interés que a veces están contentos con que no haya competencia, y muchas veces presionan por el lado de las regulaciones, para que éstas les favorezcan, venderle caro al gobierno y ese tipo de cuestiones.

En México por ejemplo tenemos entre el periodo del 2000 más o menos a 2012, 2013, más de 13 cambios en la ley específica: me estoy refiriendo a adquisiciones del gobierno; muchas de estos cambios desgraciadamente no fueron para que el gobierno comprara más barato, fueron cambios que nos hacen más difícil que haya competencia en los procesos de procura.



Es muy importante que tengamos funcionarios capacitados para que, aun con esas condiciones adversas, diseñen sus concursos y sus licitaciones de la mejor manera posible. Si de por sí el tema de corrupción en compras es bien complicado.

Muchos países tienen este problema, las empresas se coluden para venderle caro al gobierno, porque tenemos procesos licitatorios que imponen camisas de fuerza a los funcionarios que se encargan de contratar, programas de compras en los que normalmente las licitaciones para comprar lo mismo se repiten, entonces tenemos una serie de cuestiones que repiten lo mismo y eso facilita el reparto de contratos y por ende que ocurra la colusión.

Contrataciones de Gobierno

Las acciones y su énfasis varían año con año.

Ahora la Cofece cuenta con un plan estratégico a 4 años, del que deriva el programa anual.

Plan estratégico.- Aparecen las contrataciones de gobierno como un tema permanente.

Programa anual 2015.- Prevé la elaboración de:

- i. Recomendaciones a los gobiernos federal y estatales para disminuir los riesgos de colusión en las compras públicas, y
- ii. Un protocolo para la detección de probables conductas de colusión, para distribuirse en instituciones de gobierno.



En algunos casos hay un número reducido de proveedores, muchas veces los proveedores buscan influir para que los contratos que se van a licitar mantengan reducido ese número; hay contacto frecuentemente entre los mismos proveedores, entre otras cuestiones.

En estos cursos de capacitación que estuve dando en un lapso de dos años más o menos a veces los funcionarios de compras nos decían: es que a los que yo les compro se juntan, se van juntos y se toman las cervecitas los fines de semana, con ese tipo de contacto es fácil pasar y decirle a tu competidor: oye porque no nos ponemos de acuerdo en la siguiente licitación.

Hay que estar muy atento, tenemos licitaciones en un mercado muy predecible, normalmente por transparencia presupuestal conocemos en el presupuesto, cuánto se va a gastar en determinadas partidas, sabemos a veces hasta cuánto asciende el tope; si la gente revisa los anexos del presupuesto pues sabe básicamente en qué época, cuánto hay para cada partida y eso facilita mucho la colusión en las licitaciones, entonces las mismas obligaciones de ser transparente y de rendir cuentas nos llevan también a tener más riesgos en la parte anticompetitiva, los funcionarios deben estar capacitados para saber cómo actuar en este tipo de ambientes.

Contrataciones de Gobierno - México

Principio rector: Asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes (artículo 134 de la Constitución)

Para lograrlo: (Regla general, que tiene excepciones) Se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado que será abierto públicamente.



Cuestiones de diseño. En México nos pasaron unas cosas - yo creo desafortunadas- normativamente en el sentido de que varios temas nos llevan a que si el funcionario no está bien capacitado se hagan las cosas mal. Por ejemplo: cómo se determinan el precio reserva y los criterios de adjudicación.

Esto es algo que habíamos dicho al principio, tenemos ya una rica experiencia en tema de contrataciones del gobierno, hay algunas investigaciones que se han hecho, otras que todavía están corriendo, hemos hecho extensos programas de capacitación a funcionarios en todos los órganos del gobierno, municipales, estatales, federales, estos convenios por colaboración específica al tema de contratación lo hemos hecho con algunos gobiernos estatales y municipales; nuestros diálogos, ya hemos tenido diálogos con el Poder Judicial y estos últimos cambios que pedimos pues ya están en contacto para intercambiar opiniones y realizar foros conjuntos, o invitaciones mutuas a nuestros respectivos foros.

Porque al final de cuentas ellos son los que revisan lo que hacemos y lo importante termina en el Poder Judicial y quién resuelve en última instancia es el Poder Judicial.

Contrataciones de Gobierno - México

Modalidades	Evaluación y criterios de adjudicación
I. Licitación pública (regla general); a) Presencial b) Electrónica c) Mixta	I. Puntos y porcentajes
II. Invitación a cuando menos tres personas, o	II. Costo beneficio
III. Adjudicación directa	III. Binario (solo cuando no sean posible los anteriores)
IV. Convenios marco	

¿Estos procedimientos y criterios de adjudicación permiten asegurar el principio rector?



El tema este de las contrataciones del gobierno es tan rico y tan variado en un país como México, que da para muchas sesiones.

Como les digo, tenemos varios miles de municipalidades, tenemos treinta y dos entidades federativas y el mismo gobierno federal con sus dependencias y entidades, pues se puede hacer algo interminable, entonces en la práctica y para poder dirigir nuestra atención hacia objetivos bien específicos y priorizar nuestros recursos, recientemente contamos con un programa, un plan estratégico a cuatro años y en nuestro programa, este programa estratégico pusimos a las compras y las contrataciones del gobierno como un área transversal y para revisar todos los años y ahora el programa de trabajo ya está priorizando. Vamos a dar prioridad a este tipo de tareas, aquí les puse estos ejemplos de algo que se está haciendo con los otros órganos del gobierno, pues nuestro principio rector constitucional es que debemos de comprar barato.

Contrataciones de Gobierno - México

Algunos elementos que inciden en la competencia

Modificaciones al contrato posteriores al fallo

Precio conveniente

Suspensión de procesos contractuales ante quejas

Abastecimiento simultáneo

Posturas conjuntas sin restricciones



• 17 •

Y voy hablar de algunos de los aspectos en los que tuvimos problemas en materia de contrataciones en el orden federal (pues tenemos tres órdenes: federal, estatal y municipal). En México tenemos por ejemplo que el principio del menor precio de alguna manera desapareció. En el año 2000, por ejemplo, era una regla general, y de hecho lo era desde nuestra legislación de 1994. Y de alguna manera la regulación evolucionó y la regla se convirtió en excepción. Como que el menor precio se “satanizó”, pusimos otros esquemas menos transparentes – como puntos y porcentajes - que requieren que los funcionarios estén todavía más entrenados y capacitados para poder aplicarlos de manera correcta.

Lo que tenemos ahora es que esta falta de capacitación aunada a las prisas por contratar normalmente lleva a que el gobierno termine contratando más caro. De los órdenes estatal y municipal, ya ni les platico, pues las prácticas normalmente son de inferior calidad a las del orden federal.

Regresando a algunos temas en el orden federal, como ejemplos de aspectos con problemas, el abandono del criterio del menor precio -lo dejamos sin hacer estudios ni nada que justificara su satanización y su abandono- Asimismo no tenemos un esquema para seguir los contratos que se otorgan; contar con este tipo de mecanismo y la generación de bases de datos respectivas es importante, para poder al menos realizar modificaciones razonadas a la normativa de compras. No contamos en México con este tipo de bases para toda la administración pública federal.

Este tipo de bases de datos también servirían para que los funcionarios encargados de las compras realicen comparaciones de las mejores prácticas para comprar de cuáles son los mejores precios que se están obteniendo, y ese tipo de cuestiones útiles para mejorar los términos y condiciones en las contrataciones gubernamentales.

A nosotros, como autoridades de competencia, nos cuesta mucho trabajo seguir los procesos de contratación y vigilar que no se realicen prácticas monopólicas. Esto es a veces difícil de creer porque tenemos mucha transparencia de información en el internet. En el caso del IMSS que les comenté arriba la autoridad de competencia tuvo que construir una base de datos a partir de información individualizada y dispersa en miles de fojas en formato tipo “PDF” por la internet.

Por ello es casi imposible compilar la información que aunque disponible en la internet, está perdida. Y la tarea de compilarla de una manera sistemática y comparable para todos los procesos de adquisición es virtualmente imposible. Es así que darles seguimiento a las cosas es algo que las autoridades competentes en México tienen que trabajar para lograr sistematizar y hacer comparable toda esa información -que ya es pública por mandato de ley- en una sola base de datos.

Regresando a tema de diseño, con respecto a un precio mínimo, es algo que apareció en nuestra normatividad y decía si el precio es muy bajo, no es conveniente. Como si los funcionarios de compras que han comprado lo mismo por años y años no supieran. Este tipo de disposiciones lleva a comprar más caro cosas que los funcionarios compran de manera periódica y cotidiana. En que la calidad es bien conocida y no es difícil de especificar en los documentos de las licitaciones.

Tenemos también la suspensión de procesos contractuales ante quejas. En México tenemos una práctica de suspender los procesos contractuales cuando algún licitante se queja, y esta práctica retrasa el proceso contractual. La práctica es supuestamente para dirimir cualquier controversia acerca de que el proceso contractual es equitativo y justo para todos los que participan. No obstante, la consecuencia de no utilizar un mejor criterio lleva a retrasa los procesos licitatorios de manera innecesaria.

Y muchas veces los funcionarios públicos, que lo que quieren hacer es comprar lo más rápido posible para mantener abastecida a sus áreas y cumplir con sus datos, simplemente adoptan criterios de licitación que les permiten repartir el contrato entre varios (y le dan un poquito a uno, un poquito al otro, y así todos quedan contentos, y muchas veces coludidos). No es mucha sorpresa que ante la amenaza de quejarse de los posibles proveedores el contrato se reparta, y se facilite el esquema para que los proveedores se coludan y le vendan más caro al gobierno. Lo peor de todo esto es que la norma ha evolucionado para permitir todo esto de manera sistemática y repetida.

Es así que nuestra norma ha evolucionado para hacer regla diversos aspectos que facilitan la colusión. Y ante estas condiciones, a la gran mayoría de funcionarios que son honestos y dedicados en sus prácticas de contratación se les dificulta mucho lograr precios más bajos, porque para poder hacerlo requieren mucha capacitación y bases de datos de información con la que no cuentan y tampoco tienen tiempo ni recursos para recabar. Es un reto ante estas condiciones lograr buenos precios. Las bases de datos para tomar decisiones de diseño que ya mencioné y la capacitación para poder crear habilidades en ellos para adoptar los mejores criterios de diseño (sujetándose a la norma) para lograr los mejores precios. Obviamente, mejorar la norma también nos ayudaría.

Entonces estas son cuestiones que traemos en nuestra agenda de promoción de la competencia en materia de contrataciones. Es algo que estamos trabajando, y es algo que sin perjuicio de tratar de que la ley se mejore, porque la ley va evolucionando todo el tiempo, esperamos regresar a mejores tiempos en temas de contrataciones.

Contrataciones de Gobierno - México

Retos
principales
para
incorporar
principios
protectores y
promotores
de la
competencia

Presión de las unidades compradoras para realizar en tiempo la adjudicación de los contratos.

Unidades compradoras rebasadas por falta de recursos y de capacitación para ejecutar las tareas comprendidas en un sistema integrado del gobierno.

Aplicación de excepciones, permitidas en el marco normativo, pero auditadas con mayor atención, y cuestionadas muchas veces por los órganos internos de control.

Falta de incentivos de las unidades compradoras a ahorrar.

Sobrepagos para financiar proyectos diversos-Grupos de interés y corrupción.

Rotación de funcionarios encargados de las contrataciones de gobierno.



Un México mejor
es **competencia** de todos



Comisión
Federal de
Competencia
Económica

Av. Santa Fe No. 505, Col. Cruz Manca
Cuajimalpa; C.P. 05349 México D.F.



2789 6500



www.cofece.mx



[@cofecemx](https://twitter.com/cofecemx)



facebook/cofece



youtube/CFCEconomica



cofece

Muchas gracias.

PREGUNTAS DEL PÚBLICO

Pregunta: ¿Cuál fue el contexto político en México que permitió fortalecer la Cofece con las atribuciones que tiene ahora? ¿Cómo así se llegó a ese consenso en el congreso?

Respuesta: Bueno yo no fui participante directo en las negociaciones dentro del Congreso, pero la lectura que percibo como estudioso se puede decir de estos procesos de cambios legislativos en general, era que había un descontento primero antes de la actuación de los órganos reguladores de competencia y de telecomunicaciones principalmente por fallas dentro de los órganos y parte era por deficiencias en las reglas que norman los procesos judiciales también. A veces también la ley era poco defectuosa en cuanto atribuciones, pero al final de cuenta el resultado, lo que había o pasaba era que no estaban contentos con los resultados tanto en el sector de telecomunicaciones como la parte de competencia y principalmente en competencia conceptual de telecomunicaciones.

Como les mencioné al inicio, al principio en México los precios estaban libres ya después con la ley de competencia en 1992, en el sector de telecomunicaciones que básicamente los precios estaban libres, es más ahora los tenían que registrar, pero tenía que haber una declaratoria se le llama de no existencia de condiciones de competencia para que se pudieran regular estos precios. Estas declaratorias desde la ley de comunicaciones de 1995, aunque salieron proyectos de estas declaratorias por parte de la autoridad de competencia, siempre las detenían, se perdieron en el poder judicial a las primeras y luego en el segundo bloque que salió lo retenían en el poder judicial, de hecho una declaratoria que quedó en proceso de quedar firme en el poder judicial pasó y la terminó usando nuestro Instituto Federal de Telecomunicaciones (ahora autoridad de competencia en el sector además de regulador del mismo), entonces fue este descontento que había con el resultado que dijeron en el mismo cambio constitucional, ya no se va a dar paro de manera generalizada como se venía dando para que no se detuvieran los procesos judiciales. Creo que ese mismo diagnóstico decía “no nos gusta políticamente como son nombrados los integrantes de estas comisiones”, y en la Constitución nos pusieron un procedimiento ad hoc para nombrar a los comisionados.

También, yo creo que esto fue el contexto que se dio. De hecho, no se dejaron a los comisionados que estaban, sino que para crearse los nuevos órganos se nombraron y entraron nuevos comisionados, y esto contrasta con la reforma del sector energético, por ejemplo, que hicieron posteriormente en diciembre del 2013, en donde los órganos reguladores que se modificaron y fortalecieron, el Congreso ahí sí dejó a los comisionados que estaban en su cargo para que vayan terminando con todo el proceso que ya tenían. En competencia, telecomunicaciones y radiodifusión, no hubo eso. Los removieron.

P: ¿Qué consecuencias trajo la separación de la agencia del ejecutivo en la aplicación de sanciones u otras actividades?

R: Creo que en la aplicación de sanciones no tuvo consecuencias. De hecho, la ley en lo fundamental es igual a lo que había antes a la de ahorita, lo que tiene adicional son estas “facultades incrementales”, eso es lo que se ha adicionado. Lo que sí cambió, como mencioné en la presentación fueron los cambios para agilizar los procedimientos judiciales y la creación de tribunales especializados.

En la parte de abogacía yo creo que sí tuvo consecuencias en el sentido de que formábamos parte, en una lámina anterior que mencioné, teníamos como cuarenta leyes que dan atribuciones a la autoridad de competencia, y de manera informal formábamos parte de muchas instancias del Ejecutivo donde nos consultaban, entonces con la separación algunas de estas cuestiones se rompieron. Las hemos ido tomando, pero se rompieron por ser separadas e independientes del Ejecutivo, de alguna manera perdimos ese contacto y lo tenemos que ir ganando, ir consiguiendo confianza para que los funcionarios del Ejecutivo vayan confiando en nosotros y nos planteen problemas de política pura que puedan tener y les interese resolver.

P: ¿Han tenido problemas de Cártel en licitaciones públicas?

R: Sí, hay algunos casos, este que mencione del IMSS fue uno muy importante. Acá con Carlos que fue el encargado de sustanciar esa investigación. A nosotros ya nos tocó defender la última parte, a mí me toco como Director General de Estudios Económicos apoyar con peritajes y entre otras cosas, porque fue el primer caso en el que usamos evidencia indirecta, pues en otros casos de colusión hemos tenido documentos, correos y ese tipo de cosas, que acreditan que hubo colusión. Aquí fue con evidencia indirecta principalmente que se llegó al caso y lo ganamos en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

P: ¿En los casos en los que la opinión de Cofece no es vinculante para la autoridad pública respectiva, como promueve Cofece que la entidad tome en consideración la opinión? Por ejemplo, en el sector financiero.

R: Bueno en la parte del sector financiero, como lo hacemos generalmente como son públicas las opiniones de Cofece, de hecho yo creo que últimamente hemos tenido bastante éxito con las opiniones que hemos estado publicando. Por ejemplo, hicimos una de Uber (servicios de vehículos con chofer a través de plataformas de la Internet y aplicaciones de teléfonos móviles), yo creo que resultó exitosa, porque el gobierno de la ciudad de México sacó una regulación bastante favorable y no lo prohibieron porque los grupos de interés estaban encima, hicimos unas en algunos casos de contrataciones que sacamos recientemente resultó en éxito. No quiero decir que fue por nuestra opinión, pues no lo puedo demostrar, pero yo creo que ayudó la opinión pública (pues nuestras opiniones se hacen del conocimiento del público en general) que sacamos y así hay muchos otros casos.

En el caso del sector financiero se puede decir las autoridades son muy recelosas por las atribuciones que tienen, y sobre todo dada la experiencia después de la crisis a lo que le llamaron el efecto tequila. En diciembre de 1994, tuvimos un problema muy fuerte con los bancos y su liquidez, entonces las autoridades financieras normalmente tienen el objetivo específico de la estabilidad del sistema de pagos y que no se vaya a caer, entonces a veces se les olvida los principios de competencia en lo que nosotros tratamos de hacer en ese estudio que se hizo público, fue precisamente decirles tomen en cuenta estos principios de competencia cuando tomen sus decisiones, algunas cosas se han ido incorporando en algunas regulaciones de la Secretaría de Hacienda, Comisión Nacional Bancaria, en nuestros sistemas de ahorro para el retiro, pero no las más importantes que hicimos ahí, que yo creo que todavía quedan pendientes, que ya veremos después si tenemos que ir interviniendo con otras herramientas de promoción, o de algún otro tipo, en ese sector.

Bien hemos recibido un montón de preguntas, he tratado de hacer una suerte de selección de verdad arbitraria, he intentado quitar aquellas que se repetían, mil disculpas, por razón de tiempo esta es la última pregunta que podemos tratar si me lo permite.

P: ¿Han adoptado alguna política o guía especial para el sector salud?

R: Como en este caso del IMSS que hicimos un convenio, participamos en el sector salud se puede decir en el tema de contrataciones de medicamentos hay dos grandes rubros: los que se licitan, se puede decir que normalmente son medicamentos que ya no tienen patentes y que son genéricos; y los que se licitan, y se tienen que adquirir a través de medios de negociación.

En México se creó una comisión de distintos funcionarios públicos que atienden el tema de negociación para la compra de medicamentos de patente se puede decir o de un solo proveedor, y en esta comisión se nos invita, participamos ahí y frecuentemente tratamos de ayudar con los esquemas de negociación. Yo creo que en el último par de años el Estado ha estado comprando de mejor manera. De alguna manera pues extraen la renta para que se la pueda llevar el Estado, y están pensando también en nuevos mecanismos porque ya el margen que queda para el Estado se va acortando, porque la renta que se puede sacar al bajarle el precio del medicamento se ha estado agotando, entonces hay que irse a otro tipo de esquemas se puede decir más innovadores y compartir riesgos y eso lo está resolviendo esta comisión.

En los otros casos nos invitan con frecuencia, en el caso de licitaciones por realizar para opinar sobre el diseño, aunque esto ocurre de manera más esporádica, casi informal y es más bien cuando el que pretende licitar acude a nosotros.

Muchas gracias.



TEMA III

VISITAS DE INSPECCIÓN
Y PODERES DE INVESTIGACIÓN
DE LA AGENCIA DE COMPETENCIA
MEXICANA



CARLOS MENA LABARTHE Jefe de la Autoridad Investigadora de COFECE

Abogado con mención honorífica por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Realizó una maestría en Derecho de los Negocios por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, con mención de notable y en Regulación Económica en London School of Economics and Political Science con el premio al mejor desempeño de su generación. Cuenta con estudios de postgrado en el George Mason University, el Instituto Tecnológico Autónomo de México, el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México, entre otros. Ha trabajado en Basham, Ringe y Correa; Haynes and Boone; Paulino Olavarrieta, y Barrera, Siqueiros y Torres Landa. En 2008 fue nombrado Director General de Investigaciones de Prácticas Monopólicas Absolutas en la Comisión Federal de Competencia de México. Es profesor del Departamento de Economía, fundador y coordinador del curso de "Competencia Económica" y el Diplomado en "Derecho y Economía de la Regulación" en el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

Muchas gracias por la invitación, es un honor estar en el “Día de la Competencia del Perú 2015”. Yo voy a hablar de las facultades de inspección en la Comisión de Competencia de México, toda vez que tenemos nuevas facultades o facultades extendidas como resultado de estas reformas que comentaba el comisionado Contreras y creo que es interesante para el contexto del Perú ver cómo se dieron estas nuevas facultades y ver cómo están operando en la realidad.

Creo que la tarea fundamental de una autoridad de competencia es sancionar el incumplimiento de la misma. Es importante la aplicación de la legislación de forma enérgica y llegar a sanciones significativas para las empresas e individuos cuando se encuentran prácticas monopólicas. En este sentido, son especialmente relevantes las visitas de verificación sorpresa que tenemos en el contexto mexicano, para recopilar información y poder probar los casos, como una mejor forma de aplicar la ley de competencia.

Entonces en eso me centraré; sin embargo, antes quisiera dar un poco el contexto de lo que ya comentaba el comisionado Contreras de la reforma constitucional tan importante que tenemos. Uno de los temas importantes que guiaron estas reformas fue precisamente reforzar las facultades de investigación que tenía la autoridad de competencia, además de reducir un poco el abuso del litigio que se estaba dando en nuestro país y la excesiva posibilidad de protección a las empresas y a los individuos respecto a lo que en México se conoce como juicio de amparo, un juicio de constitucionalidad que permitía a los agentes económicos detener el proceso muchas veces y con esto hacer más difícil la aplicación de la legislación de competencia. Esto se reformó en la Constitución en el 2013 y luego en una nueva ley que se dio en el 2014 y que se tradujo en más herramientas para la autoridad y en una reducción de estas posibilidades de abuso.

CONTEXTO: REFORMAS CONSTITUCIONAL Y LEGAL	
Reforma Constitucional 2013	Reforma Legal 2014
<ul style="list-style-type: none">• Facultades para “investigaciones de mercado”:<ul style="list-style-type: none">• Eliminar las barreras a la competencia y libre concurrencia.• Determinar la existencia y regular el acceso a insumos esenciales.• Ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.• Separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve en los procedimientos seguidos en forma de juicio.• Impugnación de actos ante jueces y tribunales especializados.	<ul style="list-style-type: none">• Creación de la Autoridad Investigadora con autonomía técnica y de gestión en su funcionamiento y resoluciones.• Fortalecimiento de las visitas de verificación.• Se establecen y detallan los procedimientos especiales.• Sanción penal de 1 a 3 años por destrucción o alteración de información.• Sanciones penales de 5 a 10 años para Prácticas Monopólicas Absolutas.• Inhabilitación de directivos hasta por 5 años.

Por otro lado, en esta nueva ley se incorporó la posibilidad de sancionar penalmente -hasta con tres años de prisión- la obstrucción o alteración de información que impidiera el ejercicio de las facultades de la autoridad.

De igual forma, se agravaron las sanciones penales por la realización de prácticas monopólicas absolutas, también conocidos como cárteles, pasando de sanciones de 3 a 10 años de cárcel a sanciones que pueden ir de 5 a 10 años de cárcel. Asimismo, se incluyó la posibilidad de inhabilitar directivos, consejeros, miembros de la empresa para que sigan ejerciendo sus cargos, si incurren en prácticas monopólicas o si ayudan a que se den estas conductas. Igualmente se establecieron sanciones penales por destrucción o alteración de información y se separó la autoridad que realiza la investigación de la que sanciona dentro de la Comisión, lo que dio lugar a la creación de la Autoridad Investigadora con autonomía técnica y de gestión. Este es el marco legal que tenemos actualmente en nuestro país, y lo que da lugar a las facultades de investigación que les voy a comentar.

¿Por qué creo yo que es importante que nos preocupemos por poner facultades de investigaciones amplias y adecuadas para contrarrestar estas prácticas monopólicas? Creo que nuestro legislador, nuestra sociedad reconoció lo grave que es una práctica monopólica, especialmente las prácticas de cárteles, las prácticas monopólicas absolutas, y lo difícil que es probar estas conductas porque normalmente este tipo de acuerdos entre competidores se da en la “secrecía”. Las empresas que participan en este tipo de arreglos se esconden, se van a un cuarto de hotel, se van a un lugar escondido donde puedan comunicarse para ponerse de acuerdo con sus competidores.



Para ejemplificar lo anterior, en YouTube están disponibles algunos de los videos que realizó el FBI de un acuerdo de competidores en el caso de la lisina. Si alguno de ustedes les interesa, en estos videos se puede apreciar cómo los competidores se reunían a través de una cámara de comercio que realmente había sido creada para ponerse de acuerdo y afectar el precio de la lisina en todo el mundo. Esto lo hemos visto en diversas formas, en todos los lugares donde ocurren estas conductas; además en muchas ocasiones hemos descubierto que las empresas destruyen información o la esconden una vez que se inician investigaciones por parte de la autoridad, lo cual dificulta obtener resultados satisfactorios.

Muchas veces las empresas conocen de la ilegalidad de estos acuerdos, el daño que producen al mercado, especialmente a los consumidores. Por ejemplo, en estos videos que les cuento de la lisina, los competidores que participan en ese acuerdo señalan que “los competidores somos los amigos, el enemigo es el consumidor, al consumidor hay que subirle el precio”. Los cárteles incluso cuentan con mecanismos de vigilancia y sanción para asegurar el cumplimiento de sus acuerdos ilegales. Los cárteles son el peor mal de una economía y de la competencia.

Es por todo lo anterior, que se hacen necesarios estos nuevos mecanismos y facultades de investigación.



¿Qué se perfeccionó en estas legislaciones para atacar estas prácticas monopólicas absolutas? Se perfeccionó lo que iniciamos a través de una reforma en el 2006; es decir, el Programa de Inmunidad, también conocido como el Programa de Clemencia; pero se perfeccionó para dejar bien claro cuándo aplica esta inmunidad, que también se puede otorgar al segundo o posteriores participantes. Cabe aclarar que este programa es aplicable para individuos y para empresas, quienes deberán participar activamente durante todo el proceso de investigación. El programa permite la reducción de la sanción esperada a cambio de cooperar de forma plena y continua con la autoridad para poder sancionar al resto de los participantes. El Programa de Clemencia permite descubrir cárteles que de otra forma no se hubieran descubierto y obtener evidencia que de otra forma no se podría obtener. Por su parte, la autoridad deberá actuar con transparencia y predictibilidad para hacer el otorgamiento de esta clemencia. El programa de inmunidad es una de las mejores herramientas que existen para la lucha contra los cárteles y es en beneficio de todos que funcione bien.

Esto es muy importante y lo destaco porque para que las visitas de verificación funcionen bien, tiene que funcionar también el Programa de Clemencia, porque genera un círculo virtuoso en donde al mayor número de solicitudes de clemencia mayor número de visitas de verificación, mayor número de casos, más sanciones y nuevamente esto lleva a más número de visitas de verificación; esto es el círculo virtuoso diría yo de la aplicación de la legislación de competencia al que debemos aspirar para la correcta aplicación de la legislación de competencia.

Además del Programa de Inmunidad, la Comisión cuenta con facultades para realizar comparecencias obligatorias, en donde las personas tienen que aparecer ante la autoridad de competencia para rendir su declaración; visitas de campo; requerimientos y solicitudes de información; cooperación internacional; herramientas de inteligencia y monitoreo de empresas.

Al efecto, en la autoridad de competencia en México decidimos crear una unidad especializada de inteligencia de mercados para tratar de generar más casos *ex officio* y que pudiéramos detectar más colusiones, principalmente.

Sin embargo, como ya adelantaba al inicio de mi exposición, una de las herramientas más importantes que tiene la autoridad para la detección de cárteles son las visitas de verificación, en las cuales me centraré a continuación.

VISITAS DE VERIFICACIÓN EN MÉXICO

- ✓ Son diligencias que ordena y practica la **Autoridad Investigadora** de la COFECE.
- ✓ Tienen por objeto **obtener datos y documentos** en los lugares donde se **presuma que existen elementos para la debida integración de la investigación.**
- ✓ Sólo se realizan cuando se tienen indicios sobre la existencia de una práctica anticompetitiva. **La visita no implica ni prejuzga sobre la responsabilidad del visitado.**
- ✓ Cualquier elemento de información recabado durante las visitas **puede ser utilizado por la Autoridad Investigadora como elemento de prueba.**



Las visitas de verificación son diligencias que practicamos las áreas de investigaciones de la autoridad investigadora, cuyo objeto principal es obtener datos y documentos in situ, es decir, en el lugar en donde los tiene la empresa o el individuo, con la intención de integrar una correcta investigación. En ese sentido, es muy importante mencionar que sólo se realizan cuando la autoridad ya tiene una causa objetiva, esto es, cuando la autoridad ya tiene indicios de que se está violando la legislación de la competencia. Además, la realización de estas visitas no prejuzga sobre la responsabilidad de la empresa. Esto es muy importante porque las empresas y los abogados deben entender que la realización de una visita a una empresa que no participó en una colusión puede ser favorable para ellos, porque con esto podrá demostrarse que no estaba participando en un acuerdo colusorio. Si la autoridad revisa todo y no hay nada que muestre alguna evidencia de su participación en un acuerdo ilegal, pues entonces será más fácil que sean exoneradas y terminar la investigación más rápido. En este punto, es importante recordar que todo lo que recaude la autoridad debe ser utilizada como medio de prueba.



¿De dónde vienen estas facultades? Bueno, antes del 2006 no teníamos esta facultad, y era muy complicado para la autoridad de competencia allegarse de evidencia sobre todos los casos de colusiones. Es por ello que, en el 2006 se crean las visitas de verificación, pero se limitan a aquellos documentos o información que se hubiera solicitado previamente por la autoridad. Esto, me parece, fue un gravísimo error que no debería repetirse en caso de diseñar una nueva legislación al respecto, porque en nuestro caso fue una verdadera burla. Cuando requeríamos la información las trituradoras de papel en las oficinas empezaban a sonar; todo el mundo empezaba a destruir información porque ya sabían que los íbamos a visitar y a revisar esa información posteriormente.

De esta experiencia pudimos corroborar que el factor sorpresa es fundamental para que esto funcione. Además, había un error muy importante en el diseño de esta legislación y era que la orden de visita tenía que ser girada por un juez. Esto se declaró inconstitucional en una acción que fue promovida por el Procurador General de la República. Más adelante voy a detallarla más, pero, en resumen, lo que dijo la Corte es que esta facultad es del ente que debe de realizar las facultades de vigilancia sobre las condiciones de competencia y no debe de intervenir un juez; pues por ende implicaría una invasión de esferas y consecuentemente sería inconstitucional.

En el 2011, se resuelve este problema de la ley y se elimina el deber de requerir información de manera previa a la visita. Por otro lado, se elimina la disposición que obligaba a la Comisión a requerir la orden de un juez para la realización de la visita. Finalmente, se da mayor claridad a nuestras facultades de visita de verificación, especialmente detallando que también podíamos solicitar información que estuviera en medios electrónicos.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD AI 33/2006

Resolución Suprema Corte

- La facultad para realizar visitas de verificación se **extiende a cualquier autoridad administrativa** para regular la conducta de particulares y cerciorarse de que se ajusta a las normas de orden público aplicables.
- Que si bien las visitas de verificación deberán ajustarse a los requisitos para las órdenes de cateo, esto **no significa que deban ser emitidas por una autoridad jurisdiccional**.
- Una interpretación contraria **implicaría arrogar a los órganos del poder judicial una facultad que no les confiere** la norma fundamental y propiciaría la intromisión de poderes.
- La **potestad conferida a la autoridad administrativa** no puede limitarse a su ejecución física y material.



Como ya les comentaba, es en la Acción de Inconstitucionalidad AI 33-2006 que la Suprema Corte de Justicia en México consideró que la visita de verificación es un procedimiento administrativo utilizado para cerciorarse de que alguna empresa o individuo se ajusta a las normas que están establecidas en la ley; es por ello que dicha atribución corresponde de manera exclusiva a la autoridad administrativa y por ende no requiere de una autorización judicial. Una interpretación contraria, dice la Corte, implicaría dar a los órganos del Poder Judicial una facultad que no les confiere la Constitución y esto produciría la intromisión de poderes. Consecuentemente, la potestad conferida a la autoridad administrativa no puede limitarse a su ejecución física ni material, sino que implica la potestad de realizarlas de manera independiente.

OTROS CRITERIOS DEL PODER JUDICIAL

NO VIOLA EL
DERECHO A LA
SEGURIDAD JURÍDICA

Art 31. La Comisión podrá requerir los informes y documentos que estime relevantes, citar a declarar a quienes tengan relación con los hechos de que se trate, así como ordenar y practicar visitas de verificación.

“No viola el derecho a la seguridad jurídica porque acota, de manera razonable, la facultad que confiere a la autoridad, ya que **los informes y documentos que puede requerir deben ser importantes para la propia investigación, esto es, deben vincularse con la causa objetiva** que motivó la realización de la indagatoria correspondiente, aunado a que las personas que se citen deben tener relación con los hechos investigados.”

“Debe entenderse que un correo electrónico ha sido interceptado en **transgresión al derecho de inviolabilidad de comunicaciones privadas, [sólo] cuando sin consentimiento del titular de la cuenta o sin autorización judicial, se ha obtenido la contraseña y/o se ha ingresado a él.** “

MOTIVACIÓN DE
SENTENCIA R.A.
90/2014.

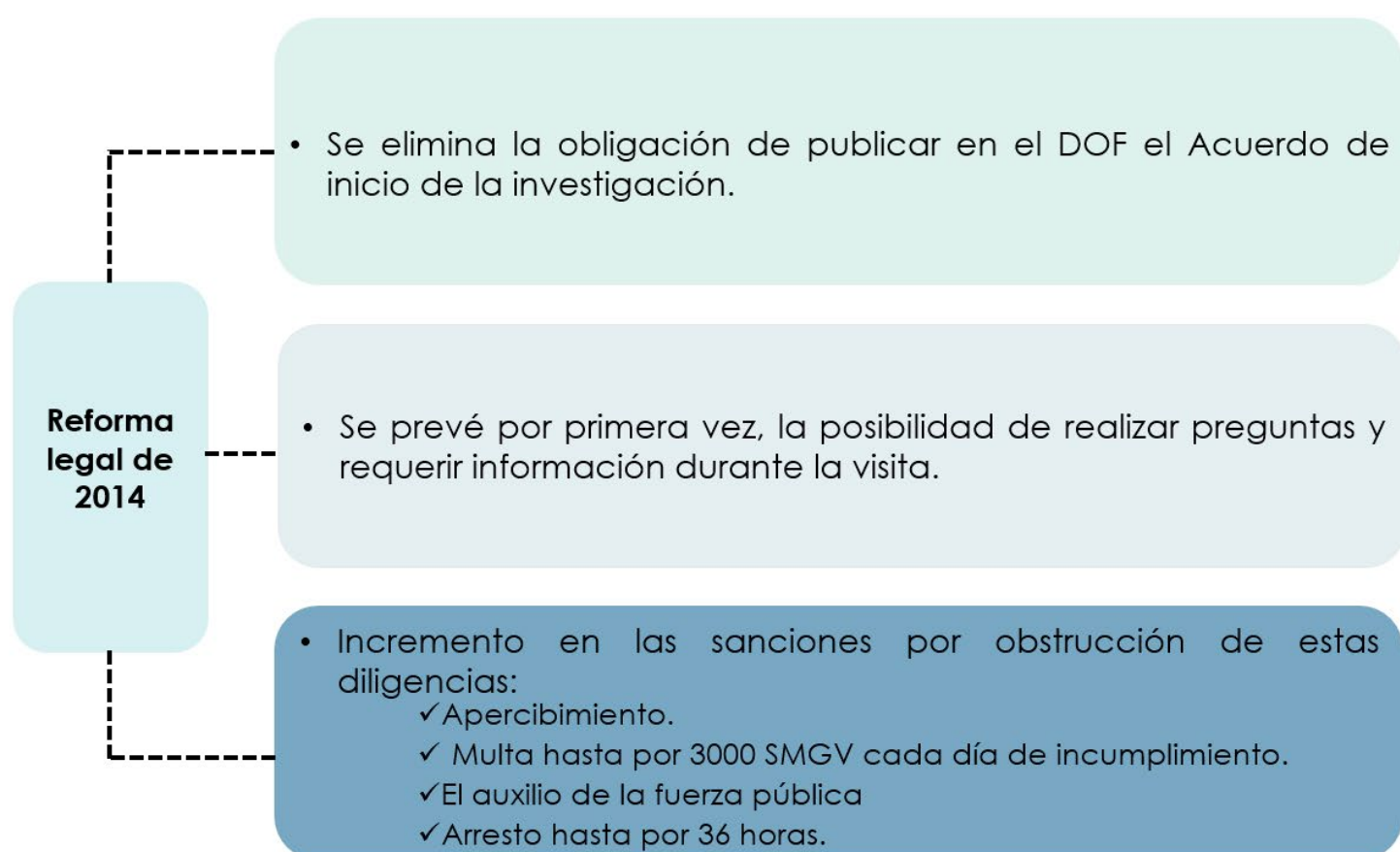
Expediente IO-006-
2013 (Azúcar).

Algunos otros criterios que ha establecido la Corte o el Poder Judicial en general respecto a nuestras facultades de investigación, es que con las visitas de verificación no se viola el derecho a la seguridad jurídica, toda vez que los informes y documentos que la autoridad puede requerir o revisar durante una visita deben ser relevantes y vincularse con la causa objetiva que dio origen a la investigación.

Por otro lado, se ha señalado y yo considero que la revisión de información electrónica y en específico de correos electrónicos no transgrede el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones, pues al darse la revisión existe normalmente el consentimiento del titular de proporcionar la contraseña o los medios necesarios para acceder a la información; por tanto, se entiende que es el mismo particular es quien está entregando la información.

Esto es algo que ha tratado poco el Poder Judicial, no tenemos demasiada experiencia al respecto. No obstante, de lo que ha revisado se ha considerado que estos principios son los más relevantes. A nivel internacional, la gran mayoría de jurisdicciones han tomado este criterio. Es necesario revisar los correos electrónicos y la información en medios electrónicos para una correcta aplicación de la legislación de competencia.

LAS VISITAS DE VERIFICACIÓN EN LA ACTUALIDAD



A partir de la nueva ley del 2014 se eliminó la necesidad de publicar el inicio de nuestras investigaciones, con lo cual nuevamente se refuerza la posibilidad de que las visitas sean sorpresa.

Por otro lado, se prevé por primera vez la posibilidad de realizar preguntas, cuestionarios y requerir información estando ahí en la empresa y no únicamente revisar documentos e información.

Además, a fin de evitar la obstrucción de diligencias, se prevé la posibilidad de ordenar un arresto hasta por 36 horas, a las personas que se opongan a la realización de las visitas, además de hasta tres años de cárcel por contravenir estas disposiciones.

FACULTADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DURANTE LA VISITA

Tomar fotografías, video, filmaciones



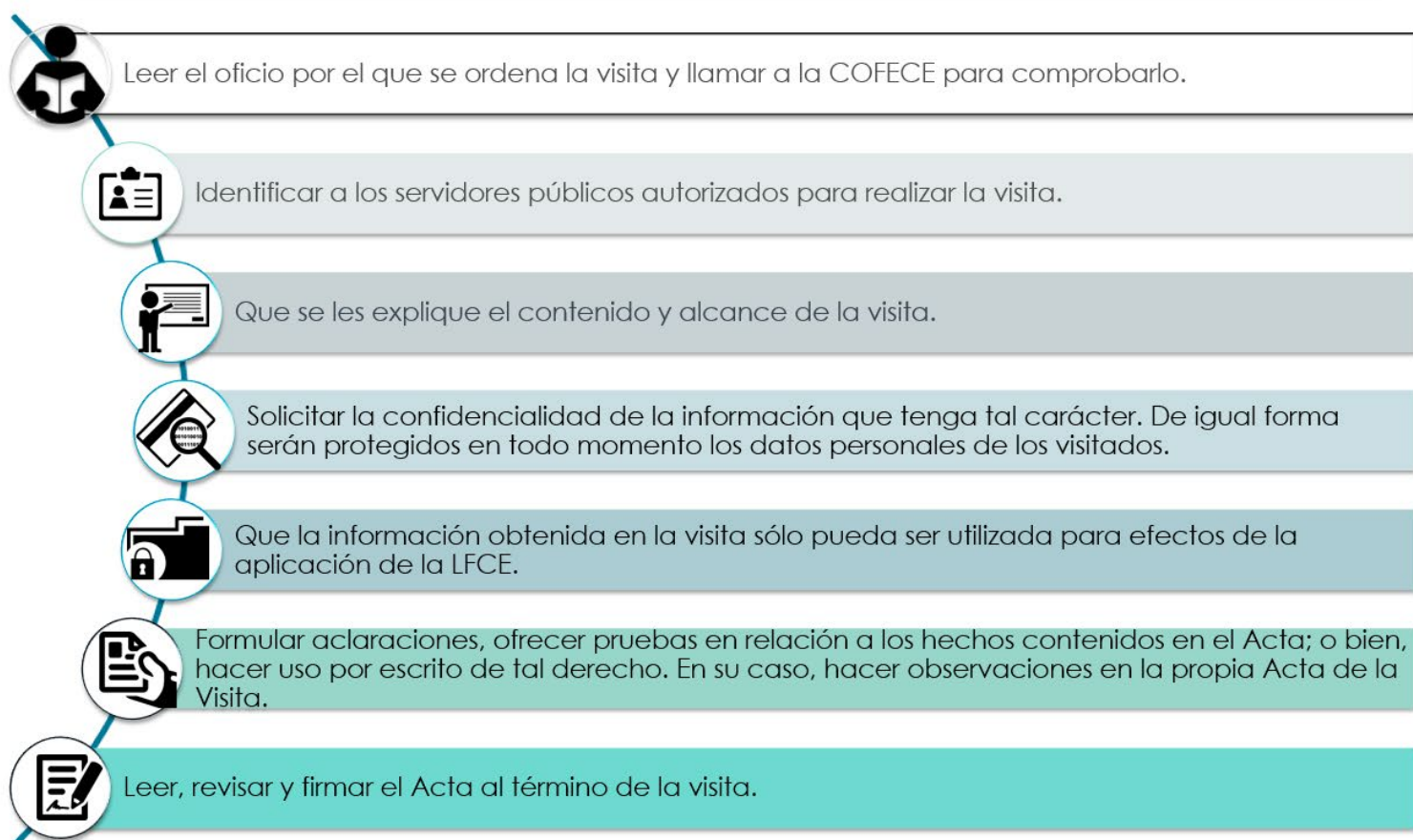
Reproducir papeles, libros, documentos e información generada por cualquier medio

Solicitar auxilio de la fuerza pública en caso de ser necesario



¿Qué pueden hacer los servidores públicos en las visitas de verificación? Principalmente, revisar la documentación, pero también tomar fotografías, realizar filmaciones, generar videos de lo que se está revisando, etc. La autoridad se encuentra facultada para reproducir todo tipo de información, in situ, y solicitar el auxilio de la fuerza pública en los casos en los que sea necesario.

DERECHOS DE LOS VISITADOS



Por otro lado, creo que es importante dotar las visitas de una gran transparencia y visibilidad sobre lo que puede y no puede hacer la autoridad.

Esto en nuestro caso se intentó a través de la misma legislación, al especificar, por ejemplo, la obligación de la autoridad de leer el oficio de la visita de verificación; la oportunidad de los visitados de llamar a la autoridad de competencia para corroborar que realmente está frente a un funcionario de la Comisión; e identificar plenamente a los servidores públicos. Asimismo, se contemplan otros derechos de los visitados como: recibir una explicación sobre todo el contenido de los actos de autoridad; solicitar la confidencialidad de la información recabada por la autoridad; la garantía de que la información que recojamos sólo será utilizada para la investigación de competencia y no para otros fines; la oportunidad de anular declaraciones, y la oportunidad de leer y revisar todos los documentos y todas las situaciones que se van generando durante la visita de verificación.

IMPORTANCIA DE LAS VISITAS DE VERIFICACIÓN



¿Por qué creemos que es una herramienta tan importante y que es de beneficio de todos protegerla y diseñarla de manera muy adecuada? Creo que el principal elemento es que las visitas sí sirven para obtener información que de otra manera sería más costoso para todos obtenerla.

Genera también mecanismos suficientes para allegarse de información que de otra manera sería muy difícil para todos discutir si se puede entregar o no se puede entregar; así como los formatos y medios idóneos para su entrega, etc.

Creo también que permite claridad sobre el acceso de medios electrónicos que de otra manera es muy difícil de obtener, porque como ustedes saben en la actualidad mucha de la información, muchas de las comunicaciones que pueden existir entre empresas o entre individuos, está en medios electrónicos, y el que sea clara la manera en que la autoridad puede acceder a ellos, beneficia a todos. De igual forma, evita que aquellas empresas e individuos que están violando la ley y quieren seguir violándola, destruyan y escondan esa información que es tan importante para aplicar la ley de competencia.

VISITAS DE VERIFICACIÓN COMO MEJOR PRÁCTICA INTERNACIONAL

El *Anti-cartel Enforcement Manual* (2009), publicado por el *International Competition Network (ICN)*, señala que las **visitas de verificación son una de las herramientas más efectivas para detectar prácticas anticompetitivas**.

Las 10 mejores agencias de competencia en el mundo, de conformidad con el ranking anual del *Global Competition Review 2015*, cuentan con facultades para realizar visitas de verificación sorpresa.



Por ultimo quisiera señalar que este tipo de investigaciones y este tipo de herramientas son una mejor práctica internacional. Si ustedes revisan lo establecido por la Red Internacional de Competencia Económica, o ICN por sus siglas en inglés, verán que la gran mayoría de las jurisdicciones avanzadas tienen estas herramientas. Si uno ve las diez mejores agencias de competencia de acuerdo a este ranking, pueden ver que todas ellas tienen la facultad de hacer visitas sorpresa donde pueden revisar las comunicaciones entre los agentes económicos; incluso uno diría que hay facultades más enérgicas o más intrusivas como escuchas o la posibilidad de introducir infiltrados que son más graves que las visitas de verificación que permiten la aplicación adecuada de la legislación de competencia.

Les agradezco mucho la oportunidad y estoy a sus órdenes.

PREGUNTAS DEL PÚBLICO

Pregunta: ¿La Cofece revisa teléfonos, correos electrónicos, sin autorización judicial?

Respuesta: Es correcto, las facultades que tenemos en la legislación de competencia permiten revisar los correos electrónicos y demás comunicaciones que se encuentren en medios electrónicos y de los cuales se solicita copia al momento de realizar la visita. En concreto, la ley señala que la autoridad podrá revisar cualquier comunicación que estuviese en formato electrónico.

En nuestra experiencia hemos sido cuidadosos, preferimos hacerlo de común acuerdo con la empresa visitada y que sea ésta quien nos dé acceso a todos los correos que estuvieran en la empresa. Hasta ahora no hemos tenido una situación en que se nieguen absolutamente a dejarnos entrar a una computadora; en muchos los casos lo que se llega a hacer es copiar directamente el disco duro con todo lo que éste contenga y esa copia se revisa en la autoridad de competencia y se discrimina la información que no sea relevante. Como ustedes saben, sólo se revisan ceros y unos en formatos electrónicos; es decir, no se revisa de ninguna manera la información que pudieran tener esas personas como fotos familiares, o algún otro tipo de información personal y solamente se hace búsquedas específicas de información sobre el caso que se está investigando.

P: ¿Cómo se presenta en el caso mexicano, el desenvolvimiento del abogado externo de la empresa en el desarrollo de la visita de inspección?

R: Es un buen punto, yo creo que la mayoría de los casos hemos tenido el apoyo y yo diría es benéfico para nosotros que llegue el abogado externo, porque normalmente es un experto de competencia que conoce las facultades la autoridad y con su apoyo se puede atender mejor la diligencia. En realidad, mejoran el trabajo porque ellos saben qué facultades tenemos y qué podemos hacer y qué no. Por ello, tratamos de esperar por un tiempo razonable a que llegue el abogado externo para atender la diligencia; tiempo razonable digámosle veinte a cuarenta minutos. Cuando no llega el abogado externo, de todas maneras, tenemos las facultades y realizamos la diligencia.

P: ¿Podría por favor precisar que países permiten el acceso a comunicaciones electrónicas en visitas inspectivas?, ¿Conoce experiencia de otros países?

R: Que yo sepa, todas estas jurisdicciones que les comentaba, por lo menos las diez más importantes y conocidas, cuentan con las mayores facultades en el área de competencia que les permiten el acceso a todas las comunicaciones que se establecen de acuerdo a cada legislación.

Todas esas jurisdicciones tienen visitas sorpresa y pueden revisar todo tipo de documentos incluidas comunicaciones en medios electrónicos. Incluso varias de estas agencias de competencia cuentan con facultades para hacer escuchas e intervenciones directas de teléfonos y comunicaciones que desgraciadamente no tenemos en México en temas de competencia.

Hay un tema que me parece relevante y no sé si en el Perú es un tema a tratar. Es el tema del privilegio legal y las comunicaciones abogado-cliente. En ese caso conozco la experiencia de varios países, la cual es muy variada y cada uno tiene reglas diferentes respecto a esa comunicación muy específica; en el caso mexicano, desgraciadamente no está regulado ese tema y parecería que con nuestras facultades podemos acceder a toda su información y comunicaciones, incluidas las que hayan tenido con su abogado. En ese sentido creo que este tema debería resolverse para que sea más claro para todos exactamente a qué comunicaciones nos referimos y cómo tratar esas comunicaciones con el abogado externo.

P: ¿En esa misma línea doctor Mena, ¿cuál es el tratamiento que le brindan a la información confidencial y particularmente a la protegida por el privilegio profesional cliente – abogado?

R: Sobre esto creo que ya les contesté, pero puedo platicarles sobre el tema general de la confidencialidad que parece de interés también. La confidencialidad está regulada en nuestra legislación y se establecen reglas muy claras de cómo debemos proteger la confidencialidad de la información. Hay información que sólo debe ser consultada por la empresa o por el individuo que la proveyó; hay información que sólo puede ser consultada por los que participan o han sido emplazados en un determinado caso en respeto a su garantía de audiencia; e información que puede ser revisada por cualquier persona. Con esas reglas nos tenemos que ajustar y clasificar la información, incluida la que se recopila a través de una visita de verificación.

P: ¿Qué sucede si el investigado se niega a que revisen sus correos electrónicos, sus comunicaciones?

R: Como decía, no hemos tenido todavía esa experiencia. Normalmente las empresas entienden nuestras facultades y aun cuando contamos con la posibilidad de ayudarnos de la fuerza pública de la policía para participar en estas diligencias o denunciar la obstrucción que es un delito, no hemos encontrado mayor oposición. En caso de encontrarlo, evidentemente nosotros tendremos la obligación de ejercer nuestras facultades y procederemos a hacer el copiado con la ayuda de la fuerza pública o estableceremos las medidas de apremio, o incluso, una sanción penal por esa disposición de obstrucción que comentaba.

P: La mayoría de las preguntas están ligadas a la exigencia de correos electrónicos, interceptación de comunicación, la revisión de correos y WhatsApp, le menciono una que va en otra línea ¿La autonomía tras la separación del Ejecutivo es lo que le dio la posibilidad de establecer estas visitas inspectivas, sin orden judicial?

R: No, de hecho, esta situación se dio mucho antes y por el contrario, en esa resolución del 2007 se decía que como éramos parte del Ejecutivo, no debía de haber una intromisión del Poder Judicial en las facultades de revisión que tiene el Ejecutivo para revisar el cumplimiento de los gobernados con las leyes y demás normatividad que le es aplicable. Entonces no tuvo que ver en ese análisis ese tema; por el contrario, se consideraba que era necesario para el Ejecutivo realizar este tipo de visitas. Ahora más, con la autonomía institucional se considera que no requerimos de una orden judicial para realizar estas visitas. Ahora somos un órgano constitucional autónomo.

P: Finalmente, ¿Cuánto suele pasar entre la llegada de la autoridad de competencia a las instalaciones de la empresa al inicio de las visitas, bajo el supuesto de que la empresa pusiera algún obstáculo a la inspección?

R: Normalmente tenemos cierta flexibilidad, al menos para esperar que llegue el abogado externo: Se considera que normalmente pueden pasar unos minutos para que arribe el abogado; entre 20 y 40 minutos. Si no llega, a veces establecemos una comunicación telefónica in situ con el abogado externo para comentar sobre las facultades, siempre asegurándonos que no se esté destruyendo información, no hayan sacado información, el agente económico se haya escabullido, algunos agentes económicos o personas físicas, entonces es variable pero ahí es donde el abogado experto, informado, como veo aquí a muchos de ustedes, debe transmitirle a las empresas que la autoridad tiene esas facultades y que entonces vaya cooperando. Esto siempre es mejor para que se den las diligencias de este tipo.

Muchas gracias.



TEMA IV

DERECHO DE LA COMPETENCIA
EN EL PERÚ: UNA VISIÓN
DESDE EL LADO PRIVADO



IVO GAGLIUFFI(*)

Experto en temas de Derecho de la Competencia

Abogado por la Universidad de Lima, con postgrado en “Defensa de la Competencia” en la Universidad Argentina de Derecho de la Empresa, en “Instituciones jurídicas de economía de mercado” en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en “Competencia y Propiedad Intelectual” en la Universidad de Salamanca, España. Del 2008 al 2016 integro el estudio Lazo, De Romaña & Gagliuffi Abogados. Ha sido profesor de Derecho Concursal en la Universidad de Lima, autor de artículos sobre asuntos relacionados con la Ley de Competencia, Publicidad comercial, Propiedad intelectual, Derecho administrativo y Contratación pública, así como expositor y panelista en foros y seminarios sobre diversos temas de su especialidad.

(*) Presidente del Consejo Directivo del Indecopi, a partir del 14 de setiembre del 2016.



DÍA DE LA COMPETENCIA DE PERÚ 2015

Ivo Gagliuffi

Derecho de la Competencia en el Perú Una visión del abogado privado

Buenos días, quiero agradecer al Indecopi y al presidente del Consejo Directivo, el doctor Hebert Tassano, por la invitación a este evento y agradecer también a mi equipo que está presente.

Quiero comenzar confesándoles lo que ha pasado con esta presentación que me encargó el Indecopi. Cuando recibo la invitación del Indecopi para exponer, como pueden ver el tema que se asigna es “Derecho de la Competencia en el Perú: una visión desde el lado privado”. Pero cuando la vi así en el power point me di cuenta que podría ser bastante pretencioso incluso que yo pudiera constituirme como el vocero del sector privado, un sector privado que es tan amplio, tan complejo, con gran cantidad de personas jurídicas y personas naturales que no necesariamente comparten las mismas posiciones sobre los temas de competencia, que tienen diferentes niveles de ética, de profesionalismo.

Entonces es muy difícil hablar por el sector privado, pero puedo trasladar mi posición como abogado del sector privado con una experiencia de casi 20 años. Los abogados estamos dentro de una figura de lo que ahora se llama *hub and spoke*, que está tan de moda con las discusiones del anteproyecto del Indecopi, ¿y por qué *hub and spoke*?, porque el Indecopi se comunica, tiene interlocución con los agentes privados, siempre han tenido un conector o enlace vertical, que son los abogados externos, y nosotros de alguna u otra manera lo que hacemos es que fluya el tema de conocimiento de la libre competencia, el comportamiento de los clientes vinculados con los temas de competencia.

Así que me he permitido - y le pido disculpas al Indecopi por ello - cambiar mi presentación. Ya no la voy a llamar “Derecho de la Competencia en el Perú: una visión desde el lado privado”, sino “**Una visión del abogado privado**”, que es lo que le correspondería, aparte que no hay mucho tema de fondo, pero antes que nada para poder explicar cuál es la posición del abogado privado la pregunta básica es y ¿cómo nos ven a los abogados?,



¿Cómo nos ven?

¿Cómo nos ven las agencias de competencia?, ¿Cómo nos ve la academia?, ¿cómo nos ven nuestros propios colegas?, ¿cómo nos vemos ahora finalmente en este panorama?

**Y vio Dios que todo era bueno...
y aparecieron los abogados.**



Y lo cierto es que en el caso de los abogados existe una leyenda urbana popular que nos considera personas que principalmente tenemos una función reactiva, conflictiva, de pelea, somos como mercenarios, somos como unos soldados privados contratados para las guerras que los clientes libran. Esa la visión que siempre se ha tenido, o que por lo general se tiene respecto a los abogados.



El tema no es gratuito. En realidad, incluso cuando uno revisa la actual cultura en Estados Unidos, por ejemplo, si se basan en esta extraordinaria serie llamada “Breaking Bad” que trata sobre un profesor de química de un colegio secundario americano a quien le detectan un cáncer, y él dentro de la preocupación de dejar un patrimonio a su familia comienza a utilizar sus conocimientos de química, pero para producir metanfetaminas, y le va tan bien en el negocio que empieza a involucrarse más en el mundo de las drogas y dentro de este escenario tan fuerte del narcotráfico, aparecen los abogados.



Uno de los personajes que figura como principal es el abogado Samuel Goodman - cuyo nombre irónicamente significa “buen hombre” - quien personifica todo lo que uno detesta del abogado, todo lo que uno critica del abogado y estereotipa con respecto al abogado. Uno ve la serie y da pena que vean así a los abogados, pero lo cierto es que hay un mea culpa, hay lecciones que aprender, qué tenemos que tener en cuenta, ¿realmente nos ven así?, ¿Indecopi nos ve así?

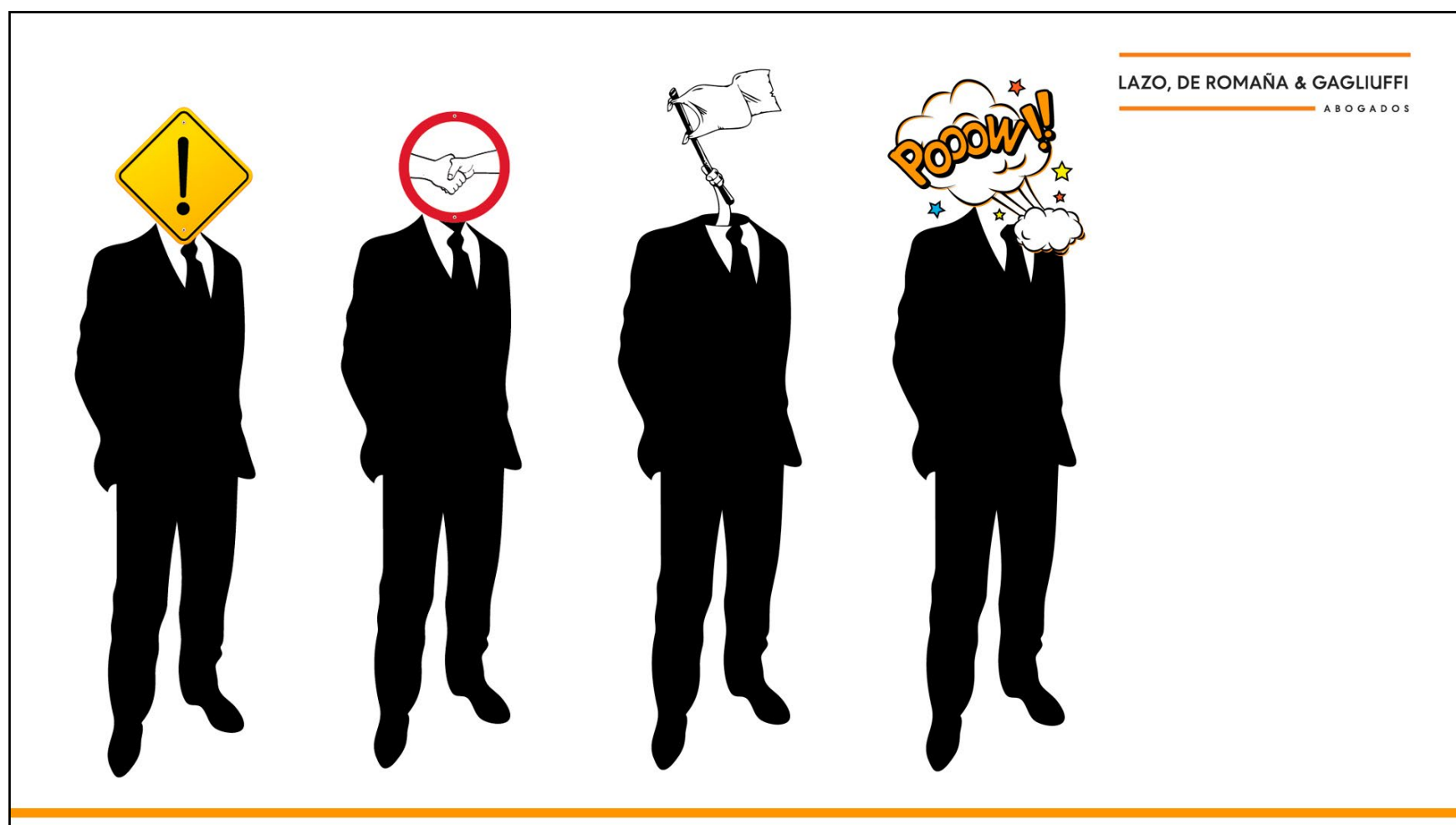


Bueno, para poder defender nuestra posición, vamos a empezar diciendo cómo vemos nosotros el Derecho de la Competencia.



Para que ustedes puedan apreciar que en la práctica lo que ocurrió en los últimos 20 años en el Perú es un fenómeno súper interesante. Hace 20 años cuando yo ingresé a practicar en los estudios de abogados no habían áreas de Competencia, no había curso de Competencia en las universidades, lo que habían eran casos que llegaban del Indecopi y que los manejaban dos tipos de áreas en los estudios de abogados: el Área Administrativa que veía todos los aspectos vinculados a las entidades del Estado, y las áreas que se llamaban Áreas Generales que podían ver casos de Indecopi, así como podían ver hidrocarburos, o cualquier otro tema; pero también tenían una relación en común: los abogados de Competencia eran convocados solamente cuando ya se había producido el caso, no había cultura preventiva, ni una cultura educativa, nos tenían como mercenarios y esa era nuestra función y las peleas empezaban con las visitas inspectivas y culminaban en la Corte Suprema, y duraban algunos casos 10 a 13 años.

Pero ahora, ¿cómo es el Derecho de la Competencia desde el punto de vista de los abogados en el Perú?



La primera función que tienen ahora los abogados en la práctica es la función preventiva. La segunda función que se nos ha asignado en la práctica es la función colaborativa. La tercera función que se nos ha asignado es la revisión de fórmulas de rendición tan impulsadas por las Autoridades de Competencia, así como las fórmulas reactivas, es decir, las de pelea.



Prevención / Preparación

El maestro Miyagi representa la educación, la constancia, la disciplina, tenemos que aprender a educar a los agentes privados; y lo que ha pasado en la práctica es algo muy interesante, se comentaba hace un momento sobre el papel que tienen los abogados externos ahora con los clientes y una de los papeles que tienen y que no necesariamente se entera el Indecopi, ni las agencias de competencia, son los talleres de prevención que cada vez más se dan a nivel de clientes. ¿Y qué son los talleres de prevención? Son cursos de uno o dos días que los propios clientes están pidiendo para entender qué es el Derecho de la Competencia, ¿qué podemos hacer?, ¿qué no debemos hacer? no lo saben.

Benjamín Contreras de Cofeco justamente compartía algo súper interesante y es que en México se ha creado el Consejo de Coordinación Empresarial, ¿y por qué? porque efectivamente las autoridades de competencia perciben una gran ignorancia en los agentes privados más que un intento de un dolo por incumplir las reglas de juego de la libre competencia.

Hay que tratar de llegar a un punto de equilibrio, hay que educar, no solamente hay que cuestionar, no solamente hay que partir de un tipo de estigma contra el privado y sus abogados, hay que entender también que necesitan educación y los privados dentro de sus propios recursos están comenzando a contratar estos talleres, lo cual es sumamente positivo, así que no solamente emitimos opiniones y consultas sobre algunos temas sino que ahora vamos al campo y hablamos con los clientes y se da a dos niveles el tema de los talleres: un nivel de directorios y de principales gerencias que son los que mandan pero no sé agota ahí, sino que también se llega a todo el personal y las áreas que más requieren de educación en temas de competencia son precisamente las áreas comerciales, las de ventas, las que pelean en la cancha, porque son los que tienen el mayor contacto con los competidores y donde a veces se gestionan o se generan - con intención o sin intención - los casos de competencia que terminan arrastrando a las compañías por culpa de los subalternos. Como saben, no es excusa alegar que fue un subalterno para evitar una infracción, así que igual te terminan sancionando.

Colaboración



El segundo modelo, la colaboración, es decir, se reúnen una serie de personas que no tienen mucho en común al principio, pero que buscan un mismo objetivo y es un objetivo positivo como la colaboración con los abogados del Indecopi en varios aspectos.

El primer aspecto está vinculado con denuncias informativas, donde los privados les llevamos casos al Indecopi, eso no se conoce mucho porque hay un tema de anonimización de la denuncia, Indecopi recoge el tema, Indecopi se reúne con los abogados, Indecopi evalúa si hay un caso, y si hay un caso Indecopi inicia de oficio y eso partió de una entrevista en colaboración entre privados y la autoridad, es un tema interesante.

El segundo tipo de colaboración está vinculado con las facultades de Indecopi para realizar investigaciones preliminares, e Indecopi evidentemente pide información a los privados, y ¿quiénes son los que sirven de facilitadores?, pues los abogados externos, los privados siempre deben tener algún tipo de escepticismo de entrega de información, no saben qué entregar, cómo entregarlo, qué es confidencial, qué no lo es, y ahí es que intervenimos los abogados nuevamente, colaboramos, facilitamos las investigaciones del Indecopi, y no lo hacemos por temor a la multa necesariamente, lo hacemos porque es parte de nuestras labores, estamos cumpliendo una función positiva de colaboración.

Y la tercera, la Abogacía de la Competencia, puede ser muy exitosa muchas veces en la medida que exista colaboración del sector privado, si no, no se tiene la data para llegar a determinadas conclusiones, no toda la data es pública y dentro de los estudios de mercado que se han generado en la práctica (por ejemplo el Indecopi publicó anteayer sobre el tema de los corredores viales, anteriormente del sector de notarios, también del tema de los brevets), pero todas esas investigaciones de una u otra manera han recogido información del sector privado y quién entra en esos temas, los abogados externos, que son los que colaboran en ello.

Y ya que estamos hablando de estudios de mercado, como primer pie de página me gustaría citar brevemente el tema del Anteproyecto que Indecopi ha pre publicado para discusión.

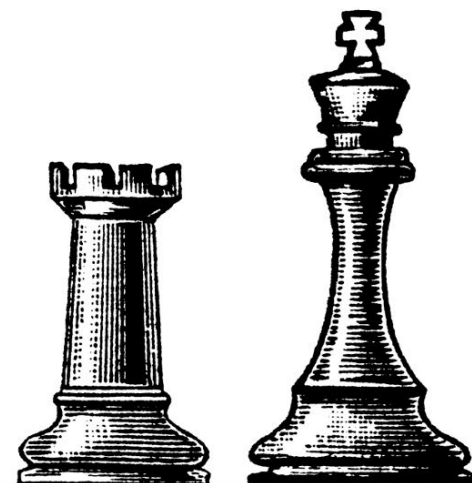
Indecopi ha hecho muy bien en recoger una de las recomendaciones de la OCDE que están contenidas en el Informe sobre Competencia y Estudios de Mercado del 2015, que es que si el Indecopi emite una opinión, lo hace de manera pública; pero quizás falta un giro de tuerca en el sentido que no solamente Indecopi debe hacer público el estudio de la investigación sino que las autoridades hacia las cuales va dirigido el estudio también deberían hacer públicas las respuestas, porque, claro, se quedan calladas y saben que ahí acabo el tema, de hecho se incluyó esto en el Anteproyecto para obligar a las autoridades a opinar, sobre todo cuando rechazan las propuestas.

Además el Indecopi debería aprovechar la oportunidad para implementar otras recomendaciones como, por ejemplo, el hecho de que Indecopi cada vez que haga un estudio de mercado publique de qué trata el estudio, qué mercado está involucrado, qué resultados quiere obtener, dónde se le puede contactar para brindar más información, esa es una recomendación que por el momento no ha sido recogida, y otra muy importante es que se deben hacer estudios o evaluaciones ex post de lo que el Indecopi recomienda, en qué acabó, fue positivo el impacto, fue nulo, fue negativo, se cerró el mercado, se abrió el mercado, quién se enteró; hay que hacer evaluaciones ex post, sino todo lo que ha hecho el Indecopi se podría perder en la práctica.



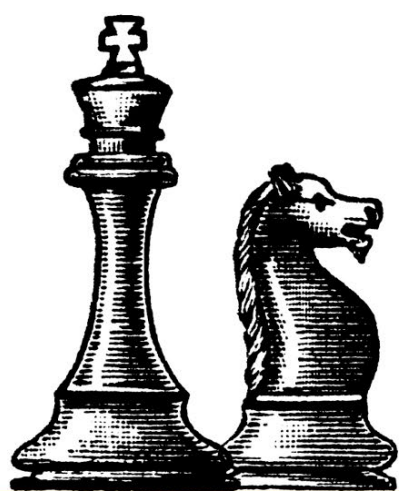
Fórmulas de rendición, como el gato de Shrek, sumisión, rendición, sabemos que hay algún tipo de responsabilidad y nos entregamos hacia la autoridad para poder llegar a algún tipo de negociación o acuerdo y esto es completamente válido, esto es un ajedrez, en la práctica cada movimiento que van a ver ahora es una estrategia diferente, cada pieza en el ajedrez se mueve con sus propias particularidades, tiene sus propias reglas.

ALLANAMIENTO



La primera fórmula de rendición son los Allanamientos que no están recogidos explícitamente en la Ley de Competencia, pero sí están en los fueros procesales, incluso ahora se han planteado y sugerido en el Anteproyecto del Indecopi. El allanamiento es una figura procesal sumamente interesante porque no implica reconocer la veracidad de lo que te acusan, no reconoces la veracidad de los hechos, pero te allanas, quieres que se cierre el caso, que sea una conclusión anticipada.

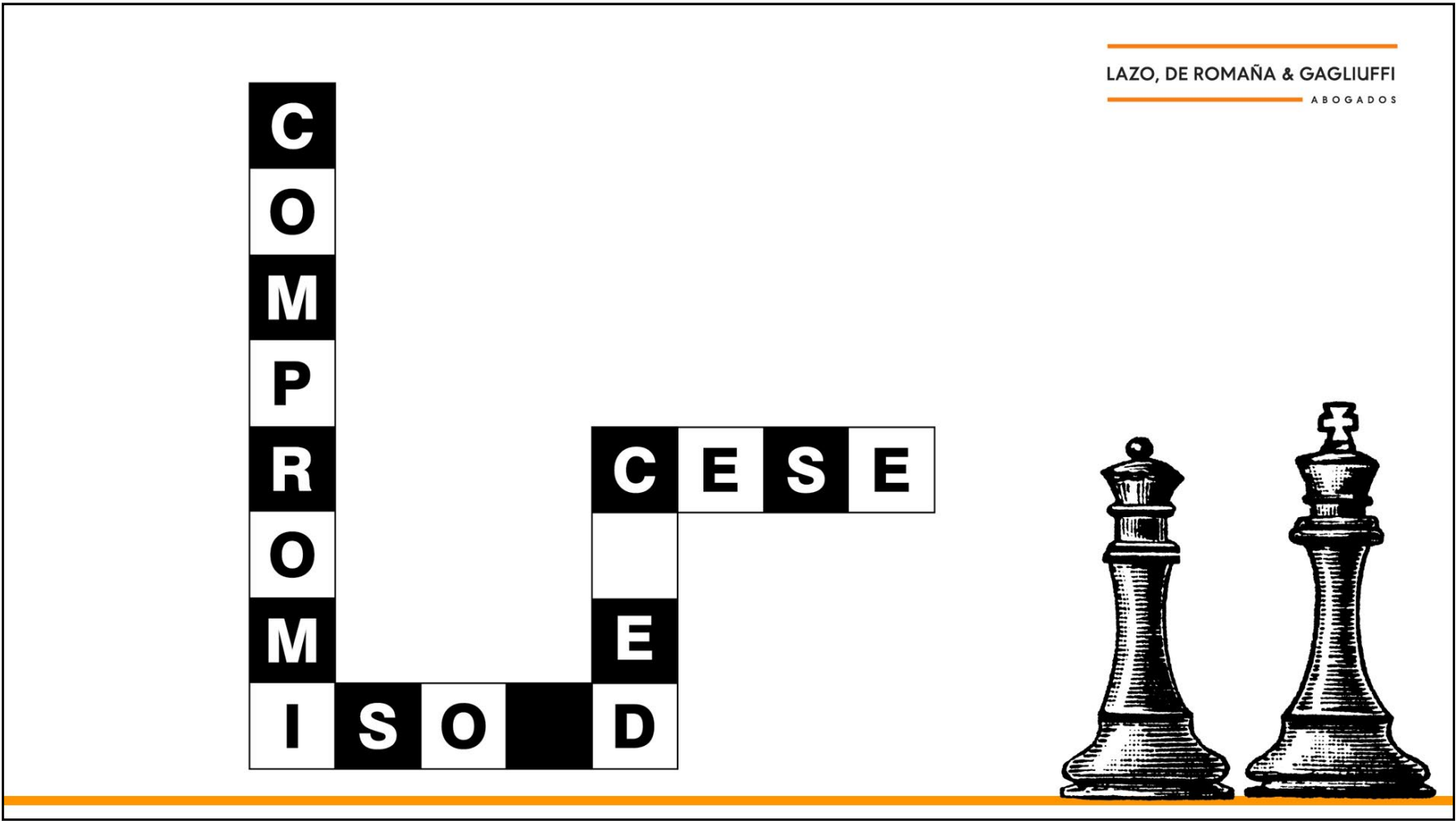
RECONOCIMIENTO



La segunda fórmula de rendición es el de Reconocimiento que es diferente al Allanamiento, ¿por qué? porque en el Reconocimiento lo que hace el agente privado es reconocer la veracidad de los hechos y además está de acuerdo con la acusación, con lo cual rinde completamente su posición ante la Autoridad. Son dos figuras diferentes.

Una de las sugerencias que se plantea al Indecopi en su Anteproyecto es que distinga entre Reconocimiento y Allanamiento en caso que se implemente esta modificación de la Ley de Competencia. Actualmente sí ha habido Reconocimiento de manera general pero en el fondo por la redacción de esa propuesta puede ser Allanamiento, habría que distinguirla y por una razón interesante y es que evidentemente un Reconocimiento debería tener un atenuante a la sanción mayor que el Allanamiento, porque se reconoce la imputación y la veracidad de los hechos y eso le puede servir al Indecopi como prueba indiciaria en caso sea una acusación dirigida a un grupo de codenunciados; en el Allanamiento no rindo mi bandera, pero no quiero pelear, no reconozco la veracidad, Indecopi carece de prueba iniciaría para ir contra los otros.

La tercera formula de rendición son los Compromisos de Cese.



Yo soy un crítico duro del Indecopi en este punto con todo el respeto que me merece, pero el hecho que se invite a un abogado privado a un evento que convoca a las Autoridades de Competencia es, precisamente para intercambiar ideas de manera alturada.

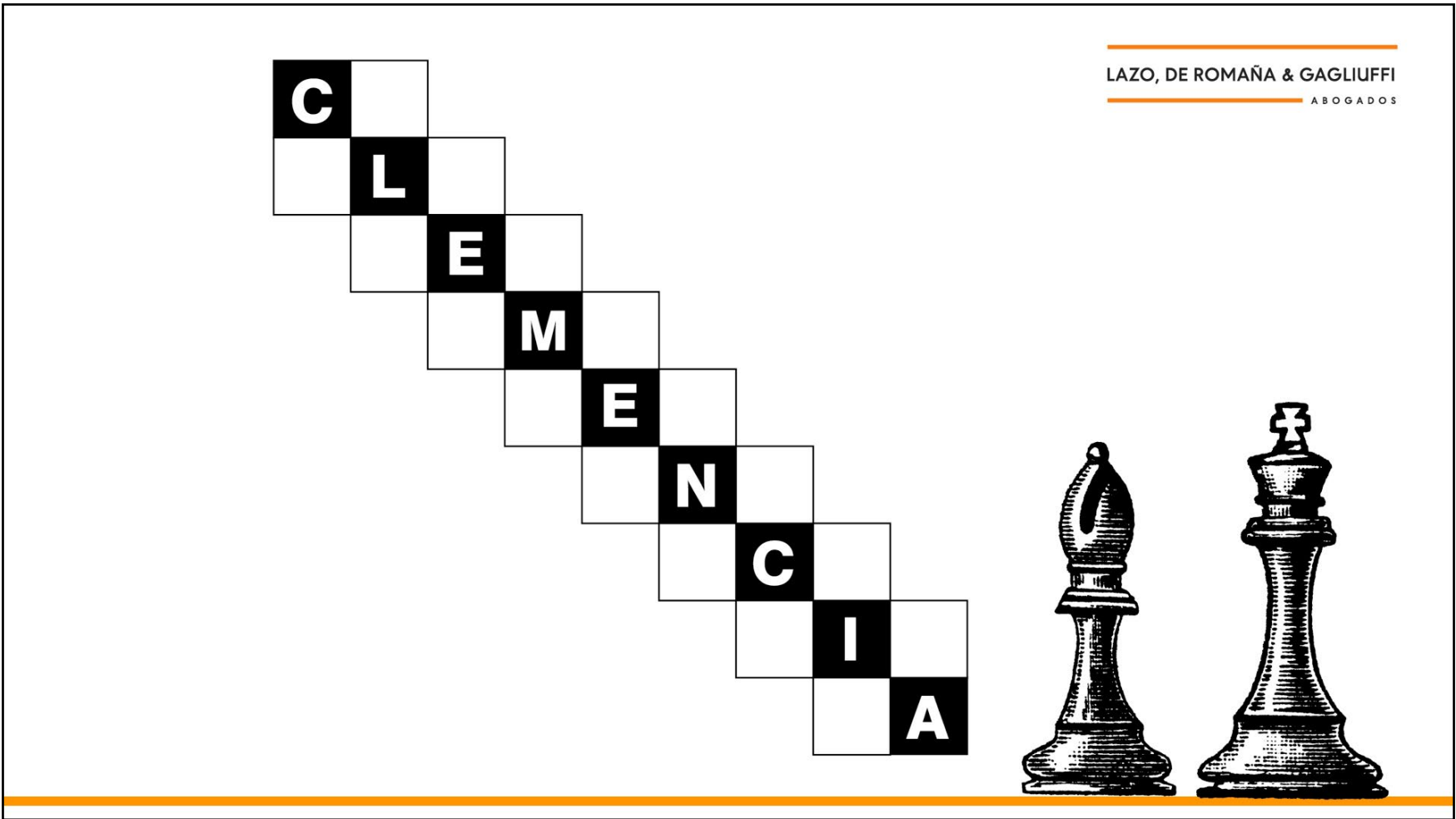
¿Qué es un Compromiso de Cese?, son aquellos casos en que el denunciado se presenta ante la Autoridad, se rinde con la bandera y le dice me comprometo a cesar, pero suspende el procedimiento, no quiero continuar, reconozco los hechos, los ceso y además voy a darte medidas para que tú puedas monitorear la corrección, corriges de inmediato el caso; ¿qué gana el denunciado? Evita la sanción administrativa y corta el caso en un solo momento.

En el caso del Compromiso de Cese, lo que ha venido ocurriendo en la práctica es que hay un divorcio entre la ley y la jurisprudencia del Indecopi. El decreto legislativo 701, la anterior Ley de Competencia, exigía tres requisitos para un Compromiso de Cese: preséntalo en el plazo que establecía la ley, reconoce la conducta y dame medidas correctivas que me permitan monitorear que el caso efectivamente ha cesado. ¿Qué pasó en la práctica: Los órganos del Indecopi crearon un nuevo requisito que no estaba en la ley, el requisito consistente en que esa conducta denunciada no debía haber afectado tan gravemente el mercado, con lo cual la valla para poder superar y conseguir el Compromiso de Cese se elevó demasiado y es un requisito que no estaba en la ley, se crea vía la jurisprudencia? Cuando entra en vigencia la nueva ley, el Decreto Legislativo 1034, se incorpora este requisito como una condición legal y uno debería conseguir un Compromiso de Cese si cumple cuatro requisitos: preséntalo a tiempo, reconoce los hechos, dame medidas correctivas, y pruébame que esa afectación no es tan grave contra el mercado.

En la práctica lo que ha venido ocurriendo es que ningún Compromiso de Cese de colusión de precios pasa la valla, salvo aquellos casos de recomendaciones de reducción de precios, pero como pueden ver la figura se vació de contenido. Hay un siguiente requisito que también se ha creado con la jurisprudencia del Indecopi, específicamente por parte del Tribunal, que ha planteado que hay un quinto requisito que había que cumplir para que un Compromiso de Cese sea aprobado, requisito que no está previsto en la ley pero el Tribunal desde su posición lo que ha concluido es que para pedir el Compromiso de Cese, la conducta debe estar vigente, no se puede cesar lo que no está vigente, sin embargo la posición de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia a nivel comparado es que ese es un requisito que no se exige, porque hay dos tipos de cese: el cese respecto a conductas vigentes, y el cese de no repetición de conductas investigadas, este tipo de cese es muy recurrente en los casos de publicidad comercial, en los cuales lo que ordena la Comisión de Represión de la Competencia Desleal es cesar las conductas inmediatas, si es que la publicidad sigue en el aire o cesar las posteriores.

Por lo tanto, el Compromiso de Cese -desde mi punto de vista- es una figura que considero que estratégicamente el Indecopi no ha respaldado, ¿y por qué no la habría respaldado? Lo que yo he podido entender después de estos años de experiencia en temas de compromisos de cese es que al Indecopi le preocupa el hecho de que alguien que ha cometido una conducta anticompetitiva, por ejemplo un hardcore cartel, pueda ser librado de cualquier tipo de sanción por el de hecho de proponer un Compromiso de Cese, y eso le genera algún tipo de preocupación; sin embargo, si está en la ley y se cumplen los requisitos, entonces hay que aprobar los Compromisos de Cese, porque la ventaja que tienen es que inmediatamente concluye o no se repite la conducta y además tienes colaboración para poder corregir los efectos.

La cuarta y última fórmula de rendición son las Clemencias.



Anu Bradford, dentro de su investigación identifica como uno de los elementos principales del tool kit de políticas de competencia a los programas de clemencia.

Yo creo que incluso va más allá de ser un elemento del tool kit, creo que es la tendencia mundial de las Agencias de Competencia. Cuando uno revisa los documentos del ICN, de la Unctad, de la OCDE, lo que puede ver es que las Agencias de Competencia están promoviendo los programas de clemencia y no otras fórmulas de rendición, porque por un tema estratégico que es muy válido las clemencias aportan inmediatamente pruebas fehacientes de la existencia de carteles ocultos, con lo cual se ahorran recursos económicos, de funcionarios, de tiempo, por una prueba aportada por los propios transgresores.

Es más, si ustedes revisan sus sitios como asistentes de este evento, hay un folleto del Indecopi promoviendo el Programa de Clemencia y no el Compromiso de Cese. Son políticas de competencia y son direcciones a las cuales las Agencias de Competencia tienen el derecho de compenetrarse.

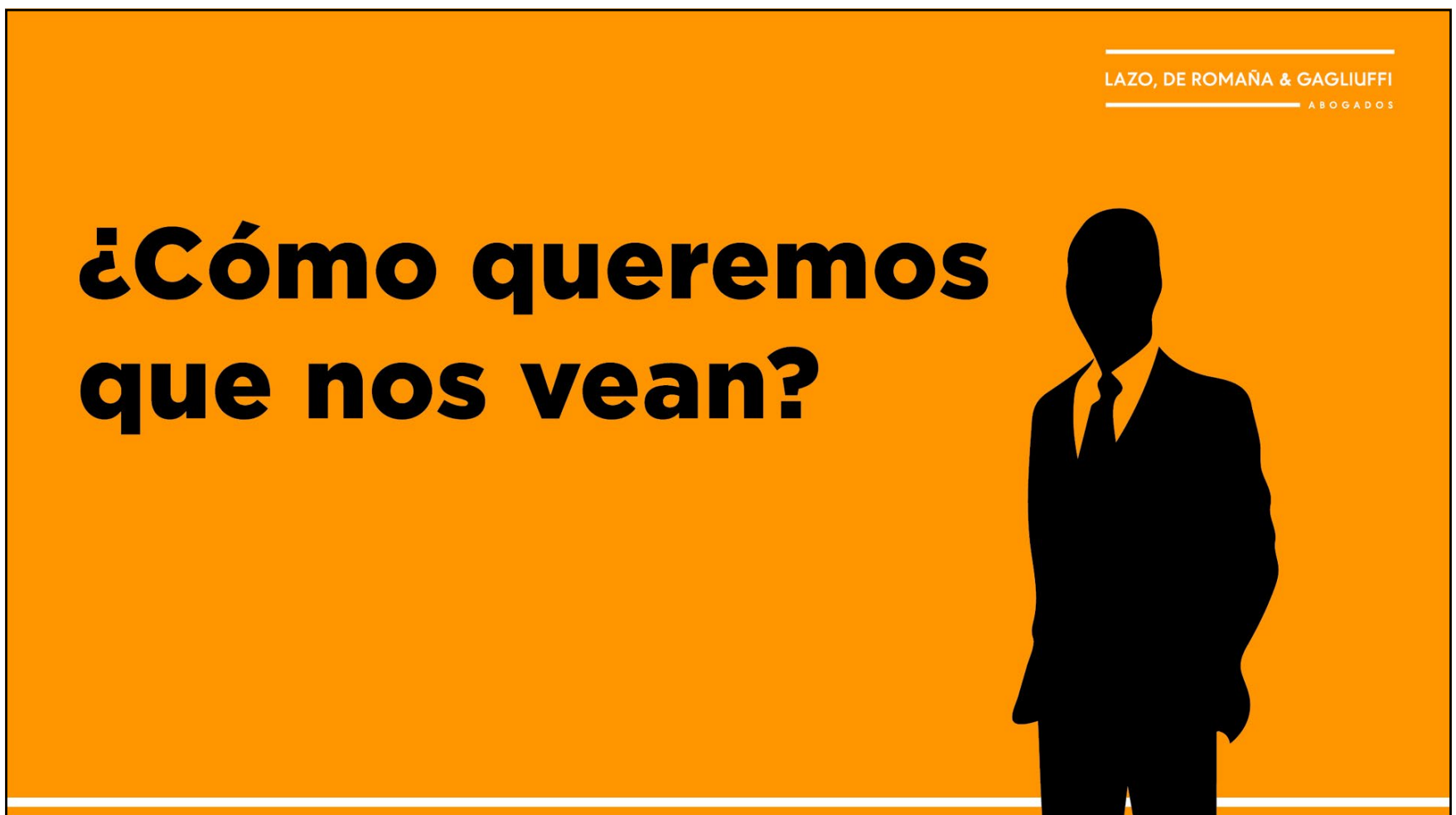


Leónidas y los 300, casos de defensa y ataque, los abogados saben pelear, nos convocan para el ataque, para denunciar el caso, casos complicados, casos difíciles contra grupos grandes; pero también nos convocan para defender y las defensas son interesantes porque en las defensas de competencia es donde se estigmatiza más al abogado, el hecho de defender casos complicados a veces es percibido como defender lo indefendible, pero hay dos tipos de defensa que enseña la práctica.

Nunca me voy a olvidar de un profesor penalista en la Universidad de Lima, él había sido abogado privado y juez además, y cuando le preguntamos cómo era posible que defendiera a asesinos y que esa no era la función del abogado, él dijo algo que era bastante objetivo y cierto, él dijo que no defendía al asesino para que se le considere inocente, sino que él defendía al asesino para que se le imponga la pena justa, y esa es la función que deben tener los abogados vinculados con la defensa de competencia si fuera ese el caso que su cliente es culpable y la Agencia de Competencia debe comprender esa función.

Carlos Mena de Cofeco comentaba que parte de la experiencia positiva que han tenido en visitas inspectivas, es que a los abogados defensores prefieren esperarlos para iniciar las visitas. Si llegan en un plazo razonable es preferible un abogado que maneje el tema porque colabora, facilita la causa de la agencia.

Luego que han podido apreciar que no solamente peleamos, que el estigma podía ser un poco injusto, los abogados tenemos muchas fórmulas, somos multifuncionales, nos hemos convertido en abogados multifuncionales, no habían estudios de competencia hace 20 años, recién a partir de hace 15 años hay estudios de abogados de competencia, hay áreas de competencia en el mercado, porque como pueden ver el trabajo del abogado privado es muy amplio en temas de Competencia y en eso estamos involucrados actualmente y lo hacemos además con todo el gusto y satisfacción del mundo, pero hacia dónde queremos ir.



Y lo cierto es que cuando uno va creciendo en la vida quiere verse como tus hijos quisieras que te vean, tú te idealizas y dices quiero ser un abogado que mi hijo respete, del que esté orgulloso.



**Gracias por
su atención**

PREGUNTAS DEL PÚBLICO

Pregunta: ¿Cree que debe haber una ley contra los monopolios?

Respuesta: La pregunta es una pregunta un poco más ideológica creo yo, en el tema de los monopolios es algo interesante, cuando uno investiga cuál ha sido la posición de la legislación en el Perú y las primeras normas antimonopolios son de principios del siglo pasado y están vinculados con los estancos, que eran monopolios establecidos por el Estado, lo que permite ver que la tendencia siempre fue impedir el monopolio per se, el monopolio era considerado por sí mismo una figura ilegal, y lo cierto es que la evolución de la legislación en el Perú llega a la conclusión de que el monopolio por sí mismo no es la causa del problema, todo monopolio es por eficiencia, así que en realidad no se prohíbe el monopolio o la posición de dominio sino lo que se termina prohibiendo es el abuso de una posición monopólica; el único monopolio prohibido es el monopolio legal y eso está en la Constitución misma, pero no considero necesaria ni conveniente una Ley Antimonopolio porque hay un tema conceptual de por medio.

P: El Estado es muchas veces un creador de barreras y competencia desleal, ¿Cuál es su opinión respecto a las limitaciones de Indecopi en los casos de competencia desleal por el Estado (actividad empresarial)?

R: Bueno, ese es un tema vinculado más que nada con la represión de la competencia desleal, lo que hay es algo muy interesante, con la dación del Decreto Legislativo 1044, que es la Ley de Represión de Competencia Desleal, existe un artículo de desarrollo constitucional que establece un rol subsidiario estatal para actividades empresariales. Creo que el Indecopi no tiene muchas limitaciones de por medio para poder identificar y sancionar aquellos casos en los cuales el Estado desarrolla indebidamente actividad empresarial. Existe una Comisión de Represión de la Competencia Desleal que ve el tema y ya hay casos en los cuales se han identificado y sancionado, hay un precedente del Tribunal que termina por aclarar el tema y establece una regla, un protocolo, un análisis bastante claro, así que creo que lo que debe hacer la gente, más que pensar que no hay mecanismos para atacar ese tipo de actividades, es identificar esos casos y atacarlos a través de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, usando este Decreto Legislativo 1044.

P: ¿Qué opina de la facultad del Indecopi de recabar emails sin la autorización judicial?

R: A veces se puede considerar que lo perfecto puede ser enemigo de lo bueno, y lo que ha querido hacer Indecopi con el Anteproyecto es simplemente precisar que puede recabar correos electrónicos. Llevo 18 años litigando en el Indecopi y esa facultad ya existe desde la fundación del Indecopi y no me van a dejar mentir porque aquí hay abogados que han participado y está muy claro el tema, hay muchas personas que saben muy bien ese punto. Cada uno tiene su posición, pero como Agencia de Competencia quedaban claras, sobre todo con el Decreto Legislativo 807, las capacidades de investigación que tenía Indecopi, tan es así que en las visitas inspectivas que ha realizado la autoridad, los abogados externos en realidad lo que hemos cuidado es que los correos electrónicos que se recabaran fueran aquellos que no estaban dentro de la esfera de lo personal. Es lo que se ha precisado y está en la ley, solo los correos electrónicos que están en la esfera de lo personal requerirían de una autorización judicial previa, pero ocurre un hecho muy interesante en estas visitas inspectivas, y es que incluso cuando la autoridad, o la agencia de competencia va a la visita inspectiva y está la persona investigada ahí y le preguntan puedo ingresar por ejemplo a su Hotmail, puedo ingresar a su Gmail, si la persona lo autoriza en el momento se hace la copia de la información, no hay ninguna limitación, incluso con el correo personal, por eso yo creo que en realidad esa es una discusión que se ha generado a partir de una buena intención del Indecopi en el Anteproyecto por precisar, pero yo tenía muy claro el punto que los correos electrónicos sí son medios probatorios que las agencias de competencias de Perú y de todo el mundo pueden recabar.

P: Finalmente, ¿Qué tanto facilita usted en las visitas inspectivas la revisión de los correos electrónicos?

R: ¿Esa pregunta es de Indecopi o de la competencia?; Tenemos excelentes experiencias con la Secretaría Técnica, con la actual y con las anteriores Comisiones de Libre Competencia. Siempre hemos sido muy respetuosos sobre el tema, cuando nos han visitado hemos sido muy colaborativos porque partimos de una premisa: que la colaboración lo que en realidad genera es una fluidez en el intercambio de información con el Indecopi, y el Indecopi siempre ha sido muy respetuoso de las reglas de las visitas, las visitas que se han hecho en los últimos años han sido realizadas con profesionalismo. Nunca he tenido un problema, al menos hasta la fecha, con las visitas, porque no es un tema que solamente compete a los abogados sino que los protocolos que aplica la Secretaría Técnica están muy bien elaborados, saben exactamente hasta dónde pueden llegar y, por tanto, no hay conflictos, por lo menos en los casos que yo he podido tener a mi cargo.



CONCLUSIONES

CONCLUSIONES



Jesús Eloy Espinoza Lozada

Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi

En primer lugar, quisiera agradecer la participación de los expositores. Sin lugar a duda, nos dejan varias reflexiones que nos van a servir de norte en materia de política de competencia.

Como señaló Benjamín Contreras, hoy es un día para celebrar la competencia, y como todo homenajeado no quiere que lo festejen un día, sino que su celebración se extienda todo el año. Por ello, los invito a festejar la competencia de este modo esperando que esté siempre presente en nuestras decisiones y en la formulación de políticas públicas.

El estudio de Anu Bradford, comentado hace un momento, es especialmente interesante por su dimensión global y porque nos otorga evidencia de la creciente importancia de las leyes de competencia a nivel internacional. Los resultados de este tipo de estudios deben siempre motivarnos a una reflexión interna de aquellas oportunidades de mejora de la agencia de competencia y, además, al igual que otras mediciones, deben ser un aliciente para superarnos en siguientes ediciones. Un buen ejemplo de ello, si bien no es propio de los temas de competencia, es el ranking Doing Business, que se elabora anualmente y es referente de muchos gobiernos para medir los avances en la facilitación del comercio.

Estudios como los realizados por Anu Bradford u otros como, por ejemplo, el del *Global Competition Review* presentan indicadores que son considerados por el Indecopi para medir el avance en la consolidación de una política de competencia.

La exposición de Anu Bradford me permite afirmar que, hoy en día, ninguna agencia de competencia puede crecer aisladamente, sino que es un deber imprescindible replicar las buenas prácticas a nivel internacional. Definitivamente no debe ser una mera importación de dichas prácticas, sino que deben adecuarse a la realidad nacional. En esa línea, el Indecopi ha trabajado, con el apoyo del Banco Mundial, en el perfeccionamiento del Programa de Clemencia, y queremos agradecer tan valioso apoyo. De igual modo, venimos trabajando con la OECD.

Sobre el trabajo con la OECD, quiero destacar que, en el 2014, el Indecopi voluntariamente sometió a examen su labor en la realización de estudios de mercado. Concluido el estudio, se revisaron las recomendaciones y ahora estamos en pleno proceso de implementación. Pero eso es solo el comienzo, el Indecopi ha dado un segundo paso en esta materia y se ha comprometido, junto con otros países, en la elaboración de una guía modelo para su labor de estudios de mercado. Esta guía debe desarrollar algunos aspectos referidos por Ivo Gagliuffi, como la selección de los mercados que van a ser objeto de los estudios, la publicación de las conclusiones, el compromiso de los gobiernos de analizar las recomendaciones, el trato con el sector privado, entre otros. Según nuestras proyecciones, esta guía debe estar lista para el próximo año y el producto será luego replicado por nuestra agencia de competencia.

Este último tema se vincula con lo mencionado por Benjamín Contreras: las guías de competencia y los estudios de mercado pueden producir, posiblemente, un resultado más eficiente que los procedimientos sancionadores en la mejora de las condiciones de competencia en los mercados.

Hoy en día podemos afirmar que las abogacías de competencia son parte de una actividad permanente en el Indecopi y que se están convirtiendo en parte de la política pública en materia de competencia. Las abogacías de competencia en el mercado de servicios notariales, en el servicio de examen práctico de manejo en la Región Lima, y la reciente abogacía sobre la licitación de corredores viales complementarios en Lima son muestra de ello.

En la línea de lo expuesto por Benjamín Contreras, tampoco podemos desatender el tema de las compras públicas. Por tanto, para la siguiente edición del Día de la Competencia, nos comprometemos a tener elaborada una guía de compras públicas y competencia, que sirva de referencia para las entidades administradoras y los participantes de los procesos de compras públicas. Un objetivo de la política de competencia en materia de compras o contratación pública radica en encontrar un balance o equilibrio entre la transparencia que debe primar en los procesos de contratación pública y el no generar condiciones que favorezcan la colusión entre los participantes. Una reflexión sobre esta materia por parte de la Comisión y su Secretaría Técnica puede ser encontrada en el reciente estudio de los corredores viales, que se encuentra en la página web del Indecopi.

Somos conscientes de que el Estado, en no pocas circunstancias, es quien afecta la neutralidad competitiva y es quien genera las mayores barreras para el ingreso de nuevos competidores. La tarea encomendada al Indecopi no es grata para las entidades destinatarias de las recomendaciones. Somos conscientes de que esta labor puede generar animadversión, pero tenemos claro quién es el destinatario último de las políticas de competencia y, por eso, seguiremos emprendiendo labores de abogacía.

Además, somos conscientes que el objetivo principal de una agencia de competencia de un país en vía de desarrollo debe ser la lucha contra los cárteles. Los cárteles son dentro de la variedad de conductas anticompetitivas, las que más afectan a los consumidores y a los mercados. Hoy, más que nunca, tenemos claro que combatirlos es nuestra prioridad. Para un combate frontal de esta plaga del libre mercado, la agencia de competencia tiene que desplegar todas las herramientas que le confiere el ordenamiento jurídico, y a eso se ha referido hoy Carlos Mena en su exposición.

Sobre este particular, ustedes saben cuál es la posición de la Secretaría Técnica sobre sus facultades para poder revisar los correos electrónicos corporativos en casos donde existan sospechas de la realización de conductas anticompetitivas. Hoy no voy a tocar este tema, pero lo que sí quiero decir es que somos conscientes de que mayores facultades nos generan mayores obligaciones. Por ello, trabajaremos en el desarrollo de Lineamientos para las visitas de inspección.

Es importante aclarar cuáles son nuestros límites y cuáles son los deberes que tienen los administrados en el marco de las visitas de inspección. Nuestra mayor actividad fiscalizadora, sin duda, está generando el círculo virtuoso al que se refería Carlos Mena, y el Indecopi tiene que prepararse en los próximos años para cosechar lo que está sembrando: nuevas inspecciones y más solicitudes de Clemencia van a generar más casos y eso, ciertamente, va a generar un cambio en la organización del Indecopi en los próximos años.

Las alianzas con el sector privado a las que se refería Ivo Gagliuffi, entre las cuales destaco el Programa de Clemencia son una nueva forma de acercamiento entre la autoridad y el sector privado. Quienes ya han usado el Programa de Clemencia pueden dar fe de ello. Los invito a ustedes, que asesoran a empresas, a que si alguna de ellas estuviera involucrada en una conducta infractora utilice el Programa de Clemencia. Es una segunda oportunidad que el ordenamiento otorga para quienes han incurrido en conductas de este tipo.

Las abogacías también van en la misma dirección de acercarnos al sector privado, pues finalmente, son los privados los afectados por las distorsiones generadas por el Estado.

Por último, quiero resaltar la política de apertura que ha guiado y va a guiar la actuación del Indecopi en materia de libre competencia. El año pasado escuchamos a Alejandro Falla, ahora escuchamos a Ivo Gagliuffi. Sus reflexiones, al igual que las de ustedes, siempre son importantes para nuestras decisiones. En ese sentido, así como se publicó el Anteproyecto de ley que refuerza el sistema de promoción y defensa de la libre competencia, los futuros documentos o protocolos que trabaje el Indecopi en materia de libre competencia, van a ser sometidos a consulta pública, para escuchar la opinión de los actores privados.

Muchas gracias a todos ustedes por asistir hoy, los invito a celebrar el Día de la Competencia y, como indique al inicio, espero que este no solo sea el Día sino el Año de la Competencia.



RECORRIDO FOTOGRAFICO













